Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

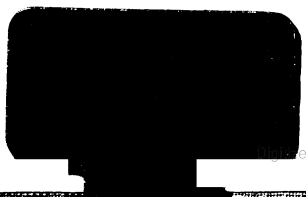
+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

CAPOGRASSI

Digitized by Google



Digitized by Google

ST
6
UNIVERSITA' DI ROMA
Istituto di Filosofia del Diritto
BIBLIOTECA
GIUSEPPE CAPOGRASSI
1ST 36209

Digitized by Google

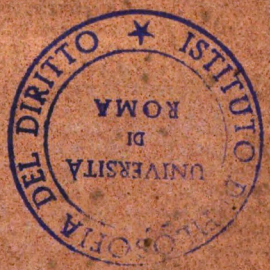
Digitized by Google

CARRARA

PROGRAMMA

PARTE GENERALE

VOLUME I.



Prezzo L. 6

Digitized by Google

EUGENIO E FILIPPO CAMMELLI — EDITORI-LIBRAI — Firenze

NUOVA PUBBLICAZIONE

VENDIBILE PRESSO

EUGENIO E FILIPPO CAMMELLI

Editori Librai e Commissionari in Firenze, Piazza della Signoria

---

DE ROSSI (Avv. Vittorio). La esecuzione delle sentenze e degli atti delle autorità straniere secondo il Codice di Procedura Italiano. Studio teorico pratico di diritto internazionale privato, illustrato colla giurisprudenza dei Tribunali in servigio della pratica forense. Livorno, 1876. Un volume in 8.° . . . . . It. L. 5. —

La materia della esecuzione degli atti e giudicati stranieri, la quale oggidì, per le frequenti contrattazioni internazionali, torna di comune uso, incerta già nelle passate giurisprudenze, e disciplinata ne' Codici nostri ultimi con norme rette e saggie bensì ma non facili sempre nella applicazione, riceve dal libro dell' Avv. De Rossi un commento, ed uno sviluppo così largo e giusto quanto si possa desiderare. Che importa mai la pompa e l' ampiezza del tema? Quando si ha il senno di esaminare un argomento non trito nè esausto, di somma e frequente utilità, irto di questioni gravi ed importanti, e lo si può svolgere con intuito di principii generali, ed insieme colla minuta diligenza della casistica, si rende alla dottrina e alla giurisprudenza il migliore servizio: e l' Autore nostro l' ha reso. Ha voluto egli prendere le mosse dalle ragioni per le quali nessuno atto e giudicato da altro paese può avere la sua libera ed immediata esecuzione nel nostro; e combattendo le note dottrine della rappresaglia, ha trovato sulle nozioni prime della Autonomia degli Stati il principio onde tutta la materia emana. L' usciere nostro obbedirebbe forse ad altro ordine che non fosse quello del Re? E lo imprimere nel Regio Nome l' ordine solenne della esecuzione su gli atti e giudicati, ad altro forse potrebbe spettare fuorchè ai nostri Magistrati e pubblici Ufficiali? Riconosciute le quali necessità, non resta più se non di cercare il criterio, secondo cui debbasi attribuire o negare l' esecutorietà, e dal medesimo principio anche il criterio facilmente si deduce. In vero ogni Stato, per cagione dell' autonomia alla quale ha diritto, deve tutelare l' ordine pubblico, e la propria interna organizzazione con tutti quei modi che reputa necessari, e per cagion di contrari deve impedire tutti quegli atti che ad un tale scopo si oppongono. Così non avranno l' esecutorietà gli atti *contrari all' ordine pubblico, od al diritto pubblico interno del Regno:* e neppure l' avranno le sentenze rese da giudice non competente, contro convenuti non citati, non legittimamente rappresentati o legittimamente contumaci. Questo pure è contro l' ordine pubblico, che si abbia da eseguire un giudicato di tale che non essendo competente è men che giudice, od ha pronunziato senza contraddittorio, e con evidente offesa al sacro diritto di ogni cittadino di essere ascoltato in giudizio. Queste idee, come tutte le più semplici, non emersero se non dopo una lunga serie di errori e di confusione, dei quali l' Autore accenna quanto basta, ma colla rapidità dell' uomo che pien la coscienza della trionfante dottrina, non ama di soffermarsi in minute e facili confutazioni. E viene poscia al commento della legge nostra, ed esamina quali sentenze straniere siano soggette alla revisione di magistrati nazionali, e presso qua

Digitized by Google

CARRARA

PROGRAMMA

PARTE GENERALE

VOL. I.

Digitized by Google

Digitized by Google

PROGRAMMA

DEL

CORSO DI DIRITTO CRIMINALE

DETTATO NELLA R. UNIVERSITÀ DI PISA

DAL PROFESSORE

FRANCESCO CARRARA

MEMBRO ONORARIO DELL' ACCADEMIA DI LEGISLAZIONE DI TOLOSA, E DELLA SOCIETA' DEGLI AMICI DELLA EDUCAZIONE DEL POPOLO DI BELLINZONA; SOCIO CORRISPONDENTE DELLA REALE ACCADEMIA DEL BELGIO, DEL REALE ISTITUTO LOMBARDO DI SCIENZE E LETTERE, DELL' ISTITUTO VENETO E DELL'ISTITUTO DEGLI AVVOCATI DEL BRASILE; SOCIO DELL'ATENEO DI BRESCIA E DELLE REALI ACCADEMIE DI LUCCA, DI PALERMO, DI MODENA, DI MACERATA, DI URBINO, DE' LINCEI DI ROMA, E DEI PITAGORICI DI NAPOLI; PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DELL' ORDINE DEGLI AVVOCATI IN LUCCA; SENATORE DEL REGNO

PARTE GENERALE

VOL. I.

QUINTA EDIZIONE CON AGGIUNTE

LUCCA

TIPOGRAFIA GIUSTI

1877

Digitized by Google

L' Autore pone questa opera sotto la protezione delle veglianti leggi sulla proprietà letteraria.

Digitized by Google

INDICE ALFABETICO

DELLE MATERIE CONTENUTE NEL 1.° E 2.° VOLUME
DELLA PARTE GENERALE

AVV. G. VITTORIO N. POLIONE-NAPOLI

A

ABERRAZIONE DELLA PENA, come sia viziosa §. 647.

ABITUDINI, come possono entrare nel calcolo della imputazione §. 343 nota 2.

ACCIDENTALITÀ individuali che obbligano a modificare la pena §. 721 e segg. — legislative che modificano la pena §. 744 e segg.

ACCUSATORE, sua nozione e sua parte nel giudizio §. 861 e segg.

AFFETTI, loro virtù escusante §. 317 e segg.

AFFLITTIVE, quando si dicano tali le pene §. 663 e segg. — come siano dirette e indirette §. 664 e segg. — come le dirette possono essere delebili o indelebili §. 666 — Vantaggi delle pene afflittive indirette §. 677 e segg. Vedi *pena*.

AGGRAVANTI, come sia erroneo riferirle al grado del delitto §. 140 nota — Vedi *qualifiche*.

ARRESTO DEL REO: Vedi *custodia preventiva*.

ATTI necessari al giudizio criminale §. 831 e segg.

Digitized by Google

AUMENTO della pena quando sia indipendente dalla aumentata quantità del delitto §. 733.

AUSILIO, sua teorica §. 465 e seg., e §. 472 e segg.

AUTORE del delitto chi sia §. 427 e segg.

AZIONE penale, sua precedenza alla azione civile §. 567 — eccezioni a questa regola in caso di pregiudicialità §. 568.

AZIONI nascenti dal delitto, indipendenza reciproca delle medesime, e conseguenze di tali indipendenze §. 565 e segg. — Loro diverse specie §. 543 e segg. — come si distingua l'azione civile dalla azione penale §. 545 — a chi spettino §. 546 e segg. — Come siano indipendenti l'una dall'altra §. 565 e segg. — Come si prescrivano §. 574 e segg. — Come si estinguano §. 577.

B

BANDO §. 676. — al Forestiere non è pena §. 735.

C

CAPITALI, quando si dicono tali le pene §. 569 — Come non debbano ammettersi §. 660 e segg.

CARCERE. Vedi *detenzione.*

CARCERE preventivo deve scomputarsi nella condanna §. 727.

CASO, suoi caratteri §. 84 — Come degeneri in colpa e sia imputabile quando lo agente versava in cosa illecita §. 270.

CAUSE di delinquere come influiscano sulla quantità del delitto §. 204.

Digitized by Google

CAUSE che impedirono il delitto; teorica della loro varietà §. 384 e segg.

CAUSE di modificare la pena: estrinseche §. 703 — intrinseche §. 712 e 719 e segg.

CERTEZZA, sua divisione secondo le cause che la producono §. 902 — quale certezza possa ottenersi nei giudizi criminali §. 903 — Come si distingua la certezza dell' uomo dalla certezza della legge §. 908 e segg.

CERTEZZA della pena in che consista §. 642.

CLASSAZIONE dei delitti, suo interesse nella scienza e nella pratica §. 164 e segg. — diversi sistemi degli scrittori §. 150 nota 2.

CLASSAZIONE delle pene §. 656 e segg.

COATTO, chi dicasi tale §. 282.

COAZIONE, come possa essere fisica e morale §. 278 — impropria, suoi caratteri e suoi effetti §. 311 e segg.

COLLETTIVI, quando si dicano tali i delitti §. 538.

COLPA, come sia vizio di volontà e non di mero intelletto §. 125 e segg. — sua nozione §. 78 e 80 — Analisi della definizione §. 81 e segg. — Criteri della sua graduabilità §. 87 — Sua divisione in lata, leve e levissima §. 88 — Ragioni della non imputabilità della colpa levissima §. 89 e §. 268 — Come sia imputabile tanto nella causa immediata quanto nella mediata §. 267 — quando dicasi informata da dolo §. 269.

COMPETENZA deve sempre regolarsi secondo la legge vigente al giorno del giudizio §. 753 — Come essa sia intrinseca ed estrinseca §. 874 e segg.

COMPLESSITÀ nei delitti quando intervenga §. 537.

COMPLICE di suicidio perchè punibile §. 49 nota.

COMPLICITÀ, sua teorica §. 426 e segg. — sua nozione generica §. 348 — Come non possa esistere senza

Digitized by Google

concorso di volontà §. 432 e segg. — Come possa esistere senza concorso di azione §. 439 e segg.

COMUNICAZIONE delle aggravanti fra i partecipi del delitto §. 505 e segg.

CONATO, sua teorica §. 350 e segg. — Fondamento della sua imputabilità §. 352 — Fondamento della sua virtù minorante §. 353 e segg. — Sua definizione §. 356 e segg. — Quale intenzione sia necessaria a costituirlo §. 366 e segg. — Criterii della sua misura §. 381 e segg. — Sua qualità e quantità §. 382 e segg. — Come possa essere prossimo e remoto §. 392 e 393.

CONCORSO di pene quando sia diminuente §. 728 e segg.

CONCORSO al delitto altrui non è imputabile se puramente materiale senza concorso di volontà §. 432 e segg.

CONFESSIONE del reo, quando scusi §. 713 e segg.

CONFESSIONE dell' accusato, esempi della sua fallacia §. 898 nota.

CONFESSIONE del reo, suoi caratteri. Condizioni della sua forza probatoria §. 929 e segg. — restrittiva. Significato di questa formula §. 933.

CONFISCA, suoi vizi §. 690.

CONNIVENZA, sua nozione §. 464.

CONSIGLIO, suoi caratteri e quando sia imputabile §. 449 e segg.

CONTESTAZIONE dell' accusa §. 891. — Come debba essere tempestiva e completa §. 892 e segg.

CONTINUATORI del delitto altrui, loro carattere §. 479.

CONTINUAZIONE nel delitto. Sua teorica §. 510 e segg. — Se possa obiettarsi nel tentativo §. 517 nota — Criterio che la costituisce §. 519 e segg. — Come non possa dirsi aggravante della imputazione §. 520.

CONTRATTO. Sua violazione non basta a costituire delitto §. 16 e 26.

Digitized by Google

CONVINZIONE intima. Suo concetto §. 911 e segg.

CORREITÀ, suoi criteri §. 466 e segg.

CORREO, come si distingua dal coautore §. 471.

CORREZIONE del giudizio come si operi §. 794 nota.

COSTITUTO obiettivo, suo metodo e sua necessità §. 936 e segg.

CREDIBILITÀ dei testimoni, quali ne siano i fondamenti §. 961.

CRIMINALITÀ. Suo significato §. 5 nota.

CRIMINE nella scienza sinonimo di delitto §. 22.

CUMULO delle pene. Quando debba ammettersi e quando no §. 731.

CUSTODIA preventiva, sue cause e sue condizioni §. 896 e segg.

D

DANNO sociale: criteri che lo distinguono dal danno privato §. 14 — potenziale, come differisca dal pericolo §. 97 — Come possa bastare alla consumazione del delitto *ivi* — Come il delitto nato dal medesimo sia sempre formale §. 98 — e come dal danno effettivo §. 115 — Come sia mediato e immediato §. 102 e segg. — Come il danno mediato sia sempre universale §. 109 e §. 117 — Quali ne siano gli elementi §. 118 e segg. — quali i criterii misuratori della sua gravità §. 189 e seg. — come distinguasi in universale e particolare §. 110 e segg. — immediato quando sia universale §. 112 e §. 154 — Come serva a caratterizzare il delitto §. 113 e segg. — e su quali criterii si calcoli la sua gravità §. 189 e seg. — come ed in qual senso sia il criterio normale della quantità dei delitti §. 187 e segg.

Digitized by Google

DELIBERAZIONE semplice. Suoi caratteri §. 74.

DELITTI. Perniciosità della loro moltiplicazione nelle leggi §. 17 — formali e materiali §. 50 e §. 99 — Di fatto permanente e transeunte §. 51 — Flagranti e non flagranti §. 51 — Comuni e propri §. 52 — Individui e collettivi §. 52 — Istantanei e successivi: semplici e complessi §. 52 — Naturali, loro nozione §. 161 — Loro classazione §. 162 e segg. — Politici; loro nozione, e come possono essere diretti e indiretti §. 156 e segg. — Come questa divisione differisca dalla divisione del Carmignani §. 160.

DELITTO, come debba distinguersi dal peccato e dal vizio §. 13 nota, e §. 15 — Sua etimologia e suoi sinonimi §. 22 nota — Suo oggetto e suo soggetto §. 36 e segg. e §. 153 — Come possa essere perfetto e imperfetto §. 138 — come possa cadere sui non senzienti §. 47 — sui non intelligenti §. 48 — sui consenzienti §. 49 — Come non sia un ente di fatto ma un ente giuridico §. 34 e 35 — conseguenza di questo principio §. 152 — Sua definizione, e analisi della medesima §. 21 e seg. — Sua origine §. 32 e segg. — come si possa commettere tanto con l' azione quanto con la inazione §. 30 — Continuato, sua teorica §. 510 e segg. — imperfetto sua teorica §. 346 e segg. — mancato. Vedi *mancato.*

DETENZIONE, suoi vantaggi come pena §. 668 e segg. Come si gradui §. 682.

DETERMINISTI. Nuova scuola Anglo-Germanica §. 1, nota 2.

DIFENSORE. Diritto che ha alla uguaglianza in faccia al Pubblico Ministero §. 993 — Privilegio che ha di ottenere l' ultimo la parola §. 998 — Suoi doveri §. 999.

DIFESA degli accusati. Fondamento di questo diritto §. 976 e segg. — Necessità di un Patrono §. 979 — Diversi

Digitized by Google

modi coi quali si può esercitare §. 980 e segg. — Come può essere diretta e indiretta §. 987 — Favore della difesa §. 990 — Suoi privilegi §. 992.

DIFETTI dei testimoni nella persona §. 951 e segg. — Difetti nel detto §. 953. Vedi *Testimoni*.

DIRIMENTI. Come differiscano dalle escusanti §. 143 e 144.

DIRITTI politici e naturali, loro genesi respettiva §. 108.

DIRITTO di punire, come cessi per il danno sociale derivante dalla punizione §. 101 — Varii sistemi per giustificare questo diritto §. 601 e segg.

DISCORDIA dei suffragi dei giudici in più di due opinioni. Regole per decidere questo problema §. 1013 e segg.

DISTINZIONE triplice dei reati: suoi vizi §. 51 nota.

DISUGUAGLIANZA della pena. Come sia viziosa §. 649.

DIVISIBILITÀ della pena: utilità che ne nasce §. 650.

DOCUMENTI. Qual grado di prova possano fornire in criminale §. 925 e segg.

DOLO. Sua nozione §. 69 — Errore di altre definizioni §. 69 nota — Sua distinzione in determinato e indeterminato §. 70 — Suoi gradi nel rapporto della propria forza §. 72 — Come possa non essere concomitante alla consumazione del delitto §. 79 — Fondamenti della sua politica imputabilità §. 124 — Improvviso, suoi caratteri §. 75 — Dolo di impeto, suoi caratteri §. 76 — di proposito. Da che nasca la sua gravità politica §. 203.

DOLORE. Quando sia giusto e come scusi il delitto §. 325.

DOVERE morale. Come la sua violazione non possa assumersi come criterio normale della quantità dei delitti §. 182 e segg.

Digitized by Google

E

EBRIETÀ. Quando scusi il delitto §. 332 e segg. — Come distinguasi in giuliva, furibonda e letargica §. 339 e segg. — Quando si dica affettata §. 343 — Regole su questo caso §. 344 nota.

ECCESSIVITÀ della pena. Pericoli che ne nascono §. 648.

ECCESSO dell' autore oltre la volontà del partecipe, quando ne sia comune la responsabilità §. 498 — Come si distingua l' eccesso nei mezzi e nel fine §. 500 e segg.

ECCEZIONI contro l' accusa, loro varie specie §. 983 e segg.

EFFETTI del delitto, come siano naturali, politici e giuridici §. 139 e segg.

EMENDA. Come debba nascere dalla pena §. 645.

ERRORE. Quando degradi la imputazione §. 251 e segg.— Quando sia di diritto e quando di fatto §. 254. — Quando vincibile e quando invincibile §. 255 — Quando essenziale e quando accidentale §. 256 — Come l' errore vincibile differisca dalla colpa §. 264 e 265.

ESAME dell' imputato §. 934 e segg. — Quando dicasi sommario e quando ordinario §. 935 — Quando piano e quando obiettivo §. 936.

ESECUZIONE del delitto, come distinguasi dalla sua preparazione e dalla sua consumazione §. 398 e segg.

ESECUZIONE del giudizio. Come si operi §. 794 nota.

ESEMPLARITÀ della pena, in che consista §. 641.

ESILIO. Sue varie forme, e pericoli di questa pena §. 672 e segg.

ESPETTATIVA, insufficienza di questa nuova formula §. 118 nota.

Digitized by Google

ESTINZIONE dell' azione penale: come avvenga per modi naturali e per modi politici §. 577 e segg.

ESTRATERRITORIALITÀ del giure penale §. 1028 e segg.

ETÀ. Quando e come degradi la imputazione §. 215 e segg.

F

FAMULATO, se possa obiettarsi al complice del ladro che non era domestico §. 508.

FAVOREGGIAMENTO, suoi criteri §. 466 — come si distingua dallo ausilio §. 476.

FORENSITÀ non è causa di aumentare la pena §. 735.

FORZA fisica del delitto. Sua analisi §. 92 e segg. — Soggettiva §. 95 — Oggettiva §. 96 — Morale soggettiva. Suoi elementi §. 59 e segg.

FORZE del delitto §. 53 e segg. — Forza morale soggettiva e oggettiva §. 56 — fisica soggettiva e oggettiva §. 57.

FORZE inerenti alla pena. Quante e quali siano §. 627 e segg. — Caratteri della forza fisica soggettiva §. 628. — Caratteri della forza fisica oggettiva §. 629.

FREQUENZA. Come non sia buona ragione per aumentare la pena §. 699.

G

GIUDICE. Come si costituisca dalla competenza §. 873.

GIUDIZIO. Varii significati di questa parola §. 779. — Come si distingue in oggettivo e soggettivo §. 780 e segg. — Come si definisca il giudizio in senso soggettivo §. 791 — Quattro fasi del medesimo §. 794 — Sua origine storica §. 796 e segg. — Sua origine filo-

*

Digitized by Google

sofica §. 807 e segg. — Come esso emani dal principio della tutela giuridica, e corollari di questa massima §. 817 — Suo fine §. 818 e segg. — Suoi essenziali §. 825 e segg. — sua esecuzione §. 794 nota.

GIURAMENTO. Non deve deferirsi allo acccusato §. 937 — dei testimoni §. 955 e segg.

GIURATI. Loro storia §. 915 e segg. — Vantaggi e difetti §. 917 e segg. — Questioni tuttora agitate in proposito §. 918. — Vedi *questioni, ricusa, votazione.*

GIURÌA Come si connetta questa istituzione col sistema dell' intimo convincimento §. 914 e segg.

GIURISDIZIONE. Vedi *competenza.*

GRADO nel delitto. Sua nozione §. 137 e segg. — Suo criterio §. 141; e §. 207 e segg. — Come derivi dalla forza morale del delitto §. 208 — e come dalla sua forza fisica §. 209 — Obiezioni contro la graduabilità della imputazione, e loro confutazione §. 210 nota — Degradanti desunte dallo intelletto §. 212 e segg. — Degradanti desunte dalla volontà §. 272 e segg. — Grado del delitto nella sua forza fisica §. 345 e segg.

GRADO nella pena §. 700 e segg. — Come differisca dal grado del delitto §. 702.

GRAZIA Sovrana §. 708 e segg. — Come differisce dalla amnistia e dallo indulto §. 711.

I

IDONEITÀ. Come sia necessaria negli atti per averne un conato §. 359 e segg. — Come possa essere subiettiva ed obiettiva §. 362.

IGNORANZA. Vedi *errore.*

IMPETO degli affetti. Svolgimento di questa teorica §. 317 e segg.

Digitized by Google

IMPRUDENZA. Come siasi distinta in semplice e temeraria §. 88 nota.

IMPUTABILITÀ. sua definizione §. 2 e §. 5 — politica. Regole alle quali deve subordinarsi il Legislatore nello stabilirla §. 9, §. 11 e segg.

IMPUTARE. Suo significato generale §. 2 — Suo significato in criminale §. 4.

IMPUTAZIONE. Sua definizione §. 2 — Sua differenza dalla pena §. 1 — Imputazione civile. Sua definizione §. 6. — E come distinguasi in imputazione fisica, morale, e legale §. 8.

INCRIMINARE. Suo significato §. 5 nota.

INDIZI. Significato di questa parola §. 964 e segg — Come si dividano in comuni e propri §. 966 — Quando siano necessari e quando contingenti §. 967 — Come si dividano in antecedenti, concomitanti, e susseguenti §. 968 — Quando si dicano prossimi e quando remoti §. 969 — Inaccettabilità della distinzione in indizi immediati e mediati §. 970 — Circostanze che ne accrescono la forza probatoria §. 972 e 973 — Indizi proteiformi §. 974 — Loro perfezione nella sostanza della prova §. 975.

INFAMIA. Come sia di fatto e di diritto §. 683.

INFANZIA. Vedi *Età.*

INIZIAZIONE del giudizio. Come si operi §. 794 nota.

INNOCENZA del condannato ove sia scoperta sospende di pieno diritto la esecuzione della condanna §. 1026 nota 1.

INTELLETTO. Necessità del suo concorso al delitto §. 61.

INTENZIONE. Sua nozione §. 63 — Perfetta e imperfetta §. 64 e segg. — Diretta e indiretta §. 66 e 67 — Indiretta positiva e negativa *ivi.*

INTERPRETAZIONE. Come debba regolarsi dal giudice §. 888 e segg.

Digitized by Google

INTERROGATORIO dell' imputato §. 934 e segg. — Regole da osservarsi §. 938 e segg.

INTERRUZIONE della prescrizione nella azione penale. Suo enorme ed intollerabile vizio §. 580.

INTERVALLO fra la determinazione e l' azione. Sue condizioni §. 77.

IRA. Quando e perchè possa degradare la imputazione §. 319 e segg.

INVITO. Chi dicasi tale §. 279 e §. 281.

L

LEGALITÀ della pena. In che consista §. 646.

LEGGE nuova. Quando influisca sul delitto commesso sotto la legge vecchia §. 744 e segg.

LEGGE penale. Perchè imperi sul forestiero che delinque fra noi §. 1033 — Se e quando possa estendersi ai fatti avvenuti fuori del territorio §. 1034 e segg. — O per ragione di difesa pubblica §. 1041 — o per ragione di personalità attiva §. 1043 — o della personalità passiva §. 1047 — o per eccitamento dell' offeso §. 1050 — o per la reciprocità §. 1053 — o per la universalità del diritto §. 1055 e segg. — Posteriore se più mite deve applicarsi anche ai delitti anteriori §. 759 — Leggi penali. Come i loro principii non siano relativi ma assoluti §. 10 — Come esse non possano avversare alla legge morale e religiosa §. 12 — Come esse abbiano necessità della promulgazione §. 19.

LIMITI esterni del giure penale §. 1028 e segg.

Digitized by Google

M

MAGGIORANZA. Argomenti per dichiarare bastante la semplice maggioranza dei voti a fine di condannare. Confutazione di alcuni di tali argomenti §. 1011 e nota 1.

MALATTIA. Causa di modificare la pena §. 726.

MALEFIZIO. Sinonimo di delitto §. 22.

MANCATO. Quando dicasi tale il delitto, e relativa teorica §. 399 e segg. — Sua definizione §. 402 — Come ne distrugga la essenza ogni inidoneità degli atti §. 407 — Come sia vizioso definirlo con la clausula *per parte sua* §. 412.

MANDANTE. Quando possa punirsi alla pari del mandatario §. 456 e segg.

MANDATO a delinquere, sua nozione e relativa teorica §. 443 e segg. — E come distinguasi dal comando §. 444 — e dalla coazione §. 445.

MANÌA. Vedi *Pazzìa.*

MEZZI. Effetti della loro prevalenza sul fine §. 377 e segg.

MINISTERO pubblico. Vedi *Pubblico Ministero.*

MINORENNI Vedi *età.*

MITEZZA della nuova legge come debba definirsi §. 763 e segg.

MODERAME. Suoi estremi e suoi effetti §. 287 e segg.

MORTE non deve ammettersi come pena §. 660 e segg. — Dove si ammetta a quali regole debba subordinarsi §. 662 e segg.

MUTILAZIONE propria. Come sia delitto nel soldato. §. 49 nota.

Digitized by Google

N

NECESSITÀ. Suoi effetti sulla imputazione §. 286.

O

OGGETTIVITÀ ideologica. Come differisca dalla oggettività giuridica §. 153 nota.

P

PARITÀ di suffragi, perchè obblighi alla assoluzione §. 1012.

PARRICIDIO. Se possa obiettarsi all' estraneo complice del figlio parricida §. 508 e 509 nota.

PASSIONI. Come possono degradare la imputazione §. 317 e segg. — Come si debbano distinguere in cieche e ragionatrici sul criterio del rispettivo movente §. 321 e segg.

PATRIMONIO. Quale sia il patrimonio politico del cittadino §. 105 e 107 — e quale il naturale §. 106.

PAZZIA. Suo influsso sulla imputabilità §. 248 e segg.

PECUNIARIE. Quando si dicono tali le pene §. 688 — Loro storia, vantaggi e difetti §. 689 e segg.

PENA. Sua differenza dalla imputazione §. 1 — Sua idea §. 582 e segg. — Sua origine §. 586 e segg. — Origine storica §. 587 e segg. — Origine filosofica §. 598 e segg. — Suo fine §. 613 e segg. — Condizioni che deve avere la pena §. 638 e segg. — Sua necessità, pericoli che ne nascono §. 648 — Sua disuguaglianza come sia viziosa §. 649 — Sua divisibilità, utile che

Digitized by Google

ne nasce §. 650 — A quali condizioni possa essere arbitraria §. 887 — Suo vero fine §. 1026 — Pena di morte. Vedi *morte*.

PENALITÀ. Abolita non può più applicarsi ma deve sostituirsi la nuova §. 754.

PENE afflittive. Vedi *Afflittive* — Infamanti. Loro difetti §. 683 e segg. — pecuniarie. Vedi *pecuniarie*.

PENTIMENTO del mandante o del complice quando gli giovi §. 487 e segg.

PERICOLO. Sue specie §. 97.

PERITI. Come abbiano regole comuni con i testimoni, e loro specialità §. 963.

PERSONE necessarie al giudizio §. 827 e segg.

POVERTÀ del condannato. Come può essere causa modificatrice della pena §. 732.

PREDISPOSIZIONE. Come differisca dalla premeditazione §. 77.

PREGIUDICIALE. Quali siano le questioni che hanno tale carattere, e suoi effetti §. 568.

PREGIUDICIALITÀ dell' azione civile alla penale. In che consista e quando si verifichi §. 568.

PREMEDITAZIONE. Suoi estremi §. 73 — Come non escluda la possibile deficienza nello intelletto §. 73 nota.

PREPARAZIONE. Non è conato §. 358.

PRESCRIZIONE. Come si regoli in caso di mutazione di legge §. 770 e segg. — dell' azione penale non pregiudica alla azione civile §. 574 e segg. — Ragioni per ammetterla §. 579 — Non deve interrompersi per atti di semplice procedura §. 580 — della pena. Ragioni per ammetterla e per negarla §. 714 e segg.

PRESENZA al delitto quando costituisca correità §. 469 e segg.

PRETERINTENZIONALITÀ. Suoi caratteri §. 271.

Digitized by Google

PREVEDIBILITÀ essenziale alla colpa §. 83.

PREVENZIONE. Come sia causa di giurisdizione §. 883.

PRIGIONIA. Vedi *detenzione.*

PRIVILEGIO. Come sia causa di giurisdizione §. 881.

PROCESSO, sue diverse forme §. 840 — Quando dicasi accusatorio §. 841 e segg. — Quando dicasi inquisitorio §. 845 e segg. — Quando dicasi misto §. 850 e segg.

PROCESSO defensivo, sue specie, forme e condizioni §. 994 — Come possa questo aver luogo nel giudizio misto §. 996.

PROMULGAZIONE della legge. Sua necessità e sue forme §. 25.

PROROGA. Quando generi competenza in penale §. 884.

PROVA. Concetto generale che risponde a questa parola §. 900 e segg.

PROVA considerata nei suoi fonti §. 920 e segg.

PROVOCAZIONE. Suoi caratteri §. 325.

PUBBLICO MINISTERO. Sua origine, attributi e doveri §. 865 e segg.

PUBBLICITÀ della pena. Sua ragione §. 644.

PUNIBILITÀ. Suoi precedenti §. 5 nota.

Q

QUALIFICHE. Loro comunicazione fra i partecipi di un delitto §. 505 e segg. — Come si distingua fra circostanze personali e reali §. 506.

QUALITÀ del delitto, sua nozione §. 128 e segg. — Suoi criteri §. 146 e segg. — della pena, sua teorica §. 656 e segg.

QUANTITÀ del delitto, sua nozione §. 131 e segg. — Come differisca dalla quantità della pena e del grado del

Digitized by Google

delitto §. 171 e 172. — Suoi criteri §. 173 e segg. — Quantità delle pene, suoi criterii §. 655 e segg. — Esame dei loro criteri §. 694 e segg.

QUESTIONI ai Giurati §. 918.

QUIETANZA del leso §. 712 nota.

R

REATO. Sinonimo di delitto §. 22 — Vizi della distinzione triplice §. 51 nota.

RECIDIVA. Sua teorica §. 736 e segg. — Quando si dica vera e quando finta, quando propria e quando impropria §. 742 e segg.

REIUDICATA emanata all' estero quando abbia influsso sul nostro territorio, e quale §. 1066 e segg.

RELEGAZIONE §. 674 e 680.

REO. Chi dicasi tale §. 870. — Suo obbligo di comparire in persona §. 871.

RETROATTIVITÀ. Quando avvenga nella legge penale §. 744 e segg. e §. 755 e segg.

RIASSUNTO presidenziale §. 918.

RICETTAZIONE. Come possa essere delitto di per sè stante §. 484.

RICUSA dei Giurati §. 918.

RIPARABILITÀ della pena: utilità di questa condizione §. 651.

RIPARAZIONE al leso non pregiudica alla azione penale §. 573.

RIPARAZIONE civile, sua forma naturale §. 550. — Onoraria §. 551 — Sostitutiva §. 553 — Sussidiaria §. 554.

Digitized by Google

S

SCIENZA penale. Come dividasi nelle tre diverse scuole, politica, ascetica e giuridica §. 321 nota.

SCINDIBILITÀ della confessione qualificata §. 933.

SCUSATI. Quando si dicano i testimoni §. 960.

SCUSE legali. Vizi di questa nomenclatura §. 702 nota 1.

SEGRETO. Quando esima dal testimoniare §. 957 e segg.

SENTENZA. Quando pecchi per denegata giustizia e quando per conculcata difesa §. 1008 — criminale. Sua definizione §. 1000 — Sue forme estrinseche ed intrinseche §. 1006 e segg. — Interlocutoria §. 1001 — definitiva §. 1002 — Assolutoria §. 1003 — Contraddittoria e contumaciale 1004 — Collegiale: unanimità e pluralità §. 1009 e segg. — Assolutoria Civile non pregiudica al giudizio criminale: e criminale non pregiudica al giudizio civile §. 569 e segg. Vedi *rejudicata* — Sua esecuzione: precetti relativi §. 1024 e 1025.

SESSO. Come possa degradare la pena ma non la imputazione §. 233 e segg. — Cause di modificare la pena §. 726.

SICUREZZA. In che differisca dalla opinione della sicurezza §. 107 nota.

SICUREZZA pubblica e privata §. 111.

SILENZIO. Quando sia imputabile §. 464.

SINGOLARITÀ dei testimoni. Sue varie specie §. 954 e segg.

SOCIETÀ civile. Sua origine §. 108 e §. 111.

SOCIETÀ a delinquere. Sua nozione e criteri della sua imputazione §. 450 e segg.

SOGGETTO del delitto. Quando dicasi primario e quando secondario; quando attivo e quando passivo §. 40 e segg.

Digitized by Google

SOGGETTO passivo dell' attentato e della consumazione; in che si distinguano §. 364.

SONNO. Come possa degradare la imputazione §. 238 e segg.

SORDOMUTI. Loro imputabilità §. 241 e segg.

SPINTA criminosa. Suoi costituenti e come non possa essere il criterio essenziale la quantità dei delitti §. 174 e segg.

STATI della intelligenza rapporto ad una verità che si cerca §. 901 e segg.

SUCCESSIVI. Quando si dicano tali i delitti §. 515.

SUGGESTO. Sue varie specie e suoi vizi §. 939 e segg.

T

TENTATIVO. Vedi *Conato.*

TESTIMONI istrumentali e ordinarii §. 943 e segg. — Fondamento della credibilità dei testimoni ordinari §. 947 — Loro idoneità ed inidoneità §. 948 — Come questa sia assoluta e relativa §. 949 — Difettosi nella persona §. 951 — difettosi nel detto §. 953 — In criminale possono eccezionarsi dal producente §. 962 — eccettuati §. 957 e segg. — a difesa. Errore di considerarli come eccezionabili §. 956 — Singolari §. 954 e segg. — Scusati. Quali siano ed a quali effetti §. 960.

TIMORE. Come degradi la imputazione §. 323 — Suoi effetti sulla imputazione quando fu causa del delitto, e quali ne debbano essere i caratteri §. 289 e segg.

TORTURA. Sua irragionevolezza e sua iniquità §. 942 e segg.

TRASGRESSIONI. Speciale criterio della loro classazione §. 150 nota 1.

TUTELA giuridica. Concetto di questa formula e suoi contenuti §. 611 e nota.

Digitized by Google

U

UBRIACHEZZA Vedi *Ebrietà.*

V

VECCHIAJA. Come possa degradare la pena ma non la imputazione §. 228 e §. 726.

VOLONTÀ. Necessità del suo concorso al delitto §. 62 e segg.

VOTAZIONE dei Giurati. Sue diverse forme §. 918.

Digitized by Google

Ai miei Scolari

Nel formare questo libro (disposto secondo l'ordine eminentemente logico che segnò **Carmignani**, *nostro grande maestro) io non cercai la gloria mia, ma l'utile vostro; intesi a raccogliere, non a creare; non a dir cose nuove, ma vere: non fui vago dei modi brillanti, ma della chiarezza. Se il mio lavoro può facilitarvi lo studio delle criminali discipline, io ho ottenuto il mio scopo. Dio vi dia salute, e amore alla scienza.*

Pisa 10 Decembre 1859.

Prof. F. Carrara

Digitized by Google

Digitized by Google

PREFAZIONE

ALLA QUINTA EDIZIONE

PERCHÈ PROGRAMMA

Quando io nel 1859 portato all' insegnamento nel pisano Ateneo mi determinai finalmente a consegnare ai pericoli della pubblica stampa il corso di diritto criminale da me per 12 anni dettato da più umile cattedra, piacquemi dare a quel mio lavoro il titolo di *Programma*. Questa intitolazione parve una nuovità: taluno lo giudicò troppo modesto; altri troppo meschino, e sproporzionato al lavoro che veniva alla luce. Ma io invece aveva esitato ad assumere quel titolo, perchè temeva potesse sembrare troppo orgoglioso e troppo vasto.

Il *programma* di una scienza non indica, nel mio concetto, il libro dove la scienza stessa si espone; ma bensì il principio fondamentale e la formula nella quale l' autore ha sintetizzato

Digitized by Google

la forza motrice di tutti i precetti che la scienza stessa (giusta il suo pensiero) è chiamata a svolgere e a dimostrare.

Il *programma del diritto criminale* doveva, nel mio concetto, riassumere nella più semplice formula la verità regolatrice di tutta la scienza: e contenere in sè il germe della soluzione di tutti i problemi che il criminalista è chiamato a studiare; e tutti i precetti che governano la vita pratica della scienza stessa nei tre grandi fatti costituenti l' obiettivo di lei, in quanto essa ha per sua missione di frenare le aberrazioni dell' autorità sociale nel *divieto*, nella *repressione*, e nel *giudizio*, onde questa si mantenga nelle vie di giustizia e non degeneri in tirannia. La scienza criminale ha per sua missione di moderare gli abusi dell' autorità nell' esercizio di quei tre grandi fatti: nella quale opera, costituente l' attività sostanziale e la ragione di essere dello organamento sociale, si trova il complemento dell' ordine quando essi sono regolati a dovere, e un fonte perenne di disordini e di iniquità quando rimangono consegnati al capriccio ed alle passioni del legislatore. I precetti destinati a moderare in questa guisa il potere legislativo debbono risalire ad un principio comune e fondamentale: e la formula che esprime tale principio è il *programma* della scienza criminale.

Tutta la immensa tela di regole che col definire la suprema ragione di *vietare*, di *repri-*

Digitized by Google

mere, e di *giudicare* le azioni dei cittadini, circoscrive entro i dovuti confini la potestà legislativa e giudiciaria deve (nel mio modo d' intendere) risalire, come alla radice maestra dell' albero, ad una verità fondamentale.

Trattavasi di trovare la formula esprimente questo principio; ed a quella connettere, e da quella dedurre i singoli precetti che dovevano servire di costante guida in questa importante materia. Una formula doveva in sè contenere il germe di tutte le verità nelle quali la scienza del diritto criminale sarebbe venuta a compendiarsi nei suoi singoli svolgimenti ed applicazioni. Io credetti di aver trovato questa formula sacramentale: e parvemi da quella tutte, ad una ad una, emanassero le grandi verità che il diritto penale dei popoli culti ha ormai riconosciuto e proclamato nelle cattedre, nelle accademie, e nel foro. Siffatta formula parvemi dovesse stare nella esatta nozione costituente il delitto. La medesima espressi dicendo — il delitto *non è un ente di fatto ma un ente giuridico* —. Con siffatta proposizione parvemi si schiudessero le porte alla spontanea evoluzione di tutto il diritto criminale per virtù di un ordine logico e impreteribile. E questo fu il mio *programma*. Il *Programma* per me non era nè il libro nè il trattato, ma la idea che tutto doveva vivificarlo per condurlo ai suoi fini per sentieri molteplici e svariati, ma sempre coe-

Digitized by Google

renti, convergenti, e concatenati fra loro; e sempre conformi alla verità.

1.° Il delitto è un *ente giuridico*, perchè la sua essenzialità deve consistere impreteribilmente nella violazione di un *diritto*. Ma il diritto è congenito all' uomo perchè dato da Dio alla umanità fin dal primo momento della sua creazione onde essa possa compiere i suoi doveri nella vita terrena; dunque il diritto deve avere una vita e dei criterii preesistenti ai placiti degli umani legislatori; criterii impreteribili, costanti, ed indipendenti dai capricci di costoro e dalle utilità da loro avidamente agognate. Così, per primo postulato, la scienza del giure criminale viene a riconoscersi come un ordine di ragione che emana dalla legge morale giuridica, ed è preesistente a tutte le leggi umane, e che impera agli stessi legislatori.

Il diritto è la libertà. La scienza criminale ben intesa è dunque il supremo codice della libertà che ha per obietto di sottrarre l' uomo dalla tirannia degli altri e di aiutarlo a sottrarsi dalla tirannia di sè stesso e delle proprie passioni.

Definito il delitto come un ente giuridico era stabilito una volta per sempre il perpetuo limite del *divieto;* non potendo ravvisarsi delitto tranne in quelle azioni che offendono o minacciano i diritti dei consociati. E poichè il diritto non può essere aggredito tranne per gli atti esteriori procedenti da una volontà libera

Digitized by Google

e intelligente, questo primo concetto veniva a stabilire la necessità costante in ogni delitto delle sue due forze essenziali: volontà intelligente e libera; fatto esteriore lesivo del diritto, o pericoloso al medesimo. Lo che conduce a definire con sicuri criterii la soggettività e la oggettività di ogni delitto.

Col definire il delitto *un ente giuridico* si porta la scienza penale sotto il dominio di un imperativo assoluto: e si sbarazza una volta per sempre dal rischio di divenire strumento o dello ascetismo o di velleità politiche; e si è acquistato un criterio perenne per distinguere i codici penali della tirannide dai codici penali della giustizia.

Riconosciuto nel diritto aggredito la obiettività indispensabile a costituire il delitto, la varietà naturale dei diversi diritti aggrediti offriva la facile guida a distinguere e classare i malefizi secondo la loro diversa *qualità* e *quantità*, subordinatamente alla diversa specie e alla diversa importanza del diritto aggredito. E la necessità indispensabile a costituire l' ente giuridico delle due forze concorrenti, fisica e morale portava, per le possibili modificazioni di quelle forze, a dare una guida razionale e sicura del *grado* nel delitto stesso.

Così tutta la teorica relativa al *divieto* trovava il suo cardine nella formula che definiva la essenzialità del reato.

Digitized by Google

2.° Da questa stessa formula scaturisce la legittimità della repressione ed i limiti che devono imporsi alla medesima.

Se il delitto ha la sua essenza nella violazione del diritto ne consegue la legittimità della repressione per il concorso di due verità superiori convergenti a questo fine. La prima mi accerta in punto di *ragione* che ogni diritto deve avere per suo necessario contenuto la facoltà della propria difesa: altrimenti non sarebbe un diritto ma una derisione. Laonde il *divieto* sarebbe vanamente proferito se non gli tenesse dietro una forza capace di produrne la osservanza. La seconda verità in punto di *fatto* consiste nella impotenza di esercitare costantemente una *difesa coattiva diretta* bastevole ad impedire la violazione del diritto. Queste due verità, non oppugnabili, insieme combinate portano alla necessità di una coazione *morale* che mediante la minaccia di un male da infliggersi ai violatori del diritto valga a distoglierli dall' aggressione, e sia la protezione di quello. Ed ecco che, respinte le idee utopistiche o vessatorie del *correzionalismo* o dello *ascetismo*, e la formula arbitraria e prepostera della *difesa sociale*, trovasi anche nello argomento della repressione, come in quello del divieto, il cardine fondamentale del diritto criminale nella *tutela giuridica*.

E poichè la pena così giustificata non è che una emanazione del diritto, ne consegue da ciò

Digitized by Google

che la pena stessa non può avere i suoi criterii misuratori nell' arbitrio del legislatore, ma deve sottostare ai criterii giuridici impreteribili che ne regolano la qualità e la quantità proporzionatamente al danno patito dal diritto o al pericolo corso dal medesimo.

E poichè la repressione tutelatrice del diritto vuole che si eserciti l' azione della pena su tutti i consociati perchè il diritto sia difeso da tutti e contro tutti, nasce da ciò la contemplazione nella pena di due forze *(fisica* e *morale)* correlative alle analoghe forze riscontrate nel delitto: le quali studiate in punto astratto ci dettano la teorica della *qualità* e *quantità* nelle pene; e studiate concretamente nel rapporto dello individuo al quale devono essere applicate, governano la dottrina del *grado.*

Così il giure penale, venendo a violare i diritti del colpevole in pena del suo malefizio, non fa cosa violatrice ma protettrice del diritto purchè nel male che infligge al colpevole non trascenda oltre ai bisogni della tutela. Ogni di più non è protezione ma violazione del diritto; ogni di più è prepotenza, è tirannide: ogni di meno è tradimento della missione imposta alla autorità.

Ed ecco come dopo avere, dalla natura di ente giuridico costitutiva del delitto, trovato i limiti che stringono il legislatore quando detta il *divieto,* si trovano per logica indeclinabile connessione i limiti che stringono il legislatore

Digitized by Google

quando detta la *repressione*. Limiti che vogliono essere stabiliti dal rapporto non solo della qualità e quantità del male, ma anche dalle condizioni di luogo, di tempo, e di persona.

3.° Finalmente anche il terzo fatto del legislatore penale (voglio dire il *giudizio* criminale) mediante il quale i due primi fatti vengono a porsi in pratico e sensibile contatto fra loro, e la difesa del diritto succede alla sua violazione, convertendo la sua previsione in una realtà come in una realtà si è convertita la previsione di quello, riceve i suoi criterii e le sue norme da quel primo postulato. Perchè anche il giudizio penale dev' essere ossequente al *diritto* alla tutela del quale è necessario strumento.

Deve essere ossequente al diritto degli onesti che vogliono la repressione; e al diritto degli stessi giudicabili i quali vogliono non esser condannati tranne dove sia chiarita la loro colpa; e vogliono non esser colpiti da un male maggiore di quello che esige il bisogno della tutela giuridica calcolato sulla esatta verificazione del fatto criminoso. Ed hanno anche costoro evidente ragione di voler ciò, perchè il magistero penale deve essere protettore e non violatore del diritto: e ne diverrebbe violatore tanto se facesse cadere la pena sopra persona che non è chiarita colpevole con i modi legittimi di rito; quanto se sopra colui che fu chiarito colpevole facesse cadere una pena superiore a quella che è proporzionata ai demeriti di lui.

Digitized by Google

Di tal guisa il rito procedurale non solo serve agli onesti in quanto aiuta loro alla scoperta dei delinquenti; ma li aiuta in quanto li preserva dal cader vittima di errori giudiciarii: e di più aiuta doverosamente anco gli stessi colpevoli, in quanto impedisce che si irroghi loro un gastigo il quale soverchiando la debita misura sarebbe un fatto antigiuridico.

Di qui la conseguenza che tutti li precetti relativi al procedimento penale, alle competenze, alle forme, alle potestà della difesa, alla libertà e completezza della discussione, ed in una parola alla regolarità delle prove e delle pronunzie, appartengono all' ordine pubblico, perchè interessano a tutti i cittadini e sono strumenti della protezione del diritto. Nella quale protezione si riassume come fine, non già primario ma *unico*, la ragione d' essere dell' autorità sociale e la legittimità del governo che i pochi esercitano sopra i molti.

Di tal guisa la scienza che insegna il diritto criminale riassume in un concetto unico e supremo la sua missione e la via che deve costantemente percorrere. Sottraendo con indefettibile cura i precetti suoi così dai pericoli delle velleità utilitarie come dal fascino della morale pura (politica ed ascetismo) essa deve indefessamente vegliare affinchè si consolidi negli ordini civili la sovranità del diritto. Il giure criminale è il complemento della legge morale giuridica. Col *divieto* esso la con-

Digitized by Google

ferma: con la *pena* le dà quella sanzione efficace che altrimenti non avrebbe quaggiù: col *giudizio* procaccia per quanto è possibile la sua pratica osservanza. Ecco il pensiero che parve a me costituire il *Programma* del giure penale: e questo tentai chiarire e dimostrare col mio insegnamento e col libro che venni a pubblicare sotto quel titolo.

Digitized by Google

PROLEGOMENI

Prevalse un tempo il pensiero che gli uomini avessero pel corso di un periodo indeterminato, condotto vita disgregata e selvaggia. Da questo stato estrasociale fu creduto avessero ad una data epoca fatto passaggio a quella vita di mutua consociazione, nella quale oggidì tutta la razza umana prospera e cresce. Siffatto tramutamento intesero alcuni spiegare con la favola di una divinità scesa sulla terra ad ordinare gli uomini a vita di unione: altri con la supposizione di una violenza sui deboli; quasichè uomini più forti degli altri avessero sottomesso i proprii simili alla foggia stessa con che si mansuefanno le fiere: altri con la ideale ipotesi di una convenzione per volontà comune stipulata fra gli uomini.

Tutti cotesti diversi sistemi ebbero un punto di partenza comune. La supposizione che la razza ada-

Digitized by Google

mitica avesse menato sulla terra due stati diversi di vita. L' uno (che si disse primitivo, di natura, e di libertà) nell' isolamento e senza costanza di rapporti fra gli individui; stato di disgregazione e ferino: l' altro in associazione reciproca, che mercè una forma qualsiasi sottoponeva gli uomini ad una autorità e ad una legge umana; stato di società civile. Da tale concetto nacque la formula, che l' uomo aveva rinunziato ad una parte dei diritti di cui lo forniva la sua naturale libertà, che supponevasi illimitata, per meglio conservare e tutelare gli altri diritti.

Tutto ciò è un errore. È falso che gli uomini della razza adamitica siano vissuti per un periodo di tempo sciolti da ogni vincolo di associazione. È falsa la transizione da uno stato primitivo di assoluto isolamento ad uno stato modificato e fattizio. Deve bene ammettersi un periodo primitivo di associazione patriarcale, o come dicesi *naturale*, a cui venne mano a mano ad aggiungersi la costituzione di leggi permanenti, e di una autorità che ne vegliasse la osservanza; e così l' ordine di quella società che si disse *civile*. Ma un periodo qualunque di disgregazione e di vita ferina è inammissibile come pazza visione. Lo stato di associazione è l' unico stato primitivo dell' uomo: nel quale la legge della propria natura lo collocò dal primo istante della sua creazione.

Ove le tradizioni di tutti i popoli non contradicessero a quella supposizione, le speciali condizioni della razza umana basterebbero a mostrarla assolutamente impossibile.

Tale la mostrano le condizioni *fisiche* della umanità: le quali non le avriano consentito di mantenersi, senza che la mutua assistenza dell' uomo verso

Digitized by Google

l' altro uomo fosse continua e pronta ai bisogni dell' individuo. E la natura rivelò per chiari segni tale destinazione dell' uomo ad una foggia di associazione costante, non precaria e fugace come quella dei bruti: la rivelò sì con le necessità, cui nell' età prima e nelle infermità lo volle soggetto; sì col negargli quei mezzi di salvezza o di difesa avverso le belve, che agli animali bruti aveva fornito, e che l' uomo dovea trovare nella reciproca unione; sì col rendere nella donna continua l' attitudine all' accoppiamento corporeo, che le femmine di tutti gli animali ebbero soltanto ad intervalli, e passeggiera; sì finalmente col bisogno della inumazione dei cadaveri, senza la quale gli uomini si spegnerebbero per contagio.

La mostrano tale le condizioni *intellettuali* degli uomini: per le quali fu loro aperta una via di indefinita progressività nelle cognizioni utili; via che non avrebbero potuto percorrere senza porre a profitto la loquela; e senza l' aiuto delle tradizioni dei loro maggiori.

Tale la mostra la condizione di essere *morale,* tutta esclusiva dell' uomo: lo mostra il *fine* per cui Dio lo ha creato. Iddio non può aver creato una opera incompleta; ed esser tornato poscia, quasi edotto dalla sperienza, a perfezionarla.

La legge eterna dell' ordine spinge l' uomo alla società. E il creatore che a questa legge lo conformò, ve lo guida, come guida ai suoi fini tutto il creato, mercè le tendenze. Attrazione: forza unica, immensa; con cui si esercita la potenza divina su tutto il creato. La tendenza fisica operò la prima congiunzione dei corpi: la tendenza morale protras-

Digitized by Google

se e perpetuò la unione reciproca tra i genitori; tra questi ed i figli; e in tutte le generazioni che ne seguirono, come in quante mai ne verranno. Così la società era nei destini dell' uomo, non solo come mezzo indispensabile alla sua fisica conservazione ed al suo intellettuale progresso, ma era di più un complemento della legge morale a cui l' uomo stesso si voleva soggetto.

Iddio compose tutto il creato ad una perpetua armonia. E quando alla sesta epoca ebbe fatto l' uomo a similitudine sua (cioè dotato di un' anima spirituale, ricca d' intelligenza e di libera volontà) questa più bella opera della divina sapienza, gettò sulla terra il seme di una serie di esseri dirigibili e responsabili delle proprie azioni. Questi esseri non potevano, come i meri corpi, soggiacere alle sole leggi *fisiche;* una legge *morale* nacque con loro: legge di natura. La quale chi nega, rinnega Dio.

Così al mondo fisico, di cui pure fa parte l' uomo, si aggiunse col primo comparire di questo un mondo morale: tutto proprio di lui; e composto dai suoi rapporti morali con sè stesso, col creatore, e con le creature consimili.

Le leggi *fisiche* avevano in loro stesse una forza di *coazione,* ed una *sanzione,* che ne rendeva *indefettibile* la osservanza. All' armonia del mondo fisico queste forze bastavano.

Le leggi *morali* al contrario non avevano in loro stesse forza di *coazione,* tranne nel *senso morale:* non avevano *sanzione* sulla terra, che nella *sinderesi.*

Ma gli affetti, d' altronde indispensabili all' uomo come elemento di azione, pervertono spesso il senso morale, e soffocano la voce della sinderesi.

Digitized by Google

La legge di natura sarebbe stata dunque impotente a mantenere l'ordine del mondo morale, perchè più debole della legge eterna che regola il mondo fisico. Questa obbedita sempre: quella troppo spesso conculcata e negletta.

Siffatto abbandono della legge morale all'umano arbitrio sotto la unica sanzione di un bene e di un male soprassensibile, se poteva non recar disturbo all'armonia universale finchè la legge morale colpiva l'uomo nei suoi rapporti con Dio e con sè medesimo, non era tollerabile in quanto appellava ai rapporti dell'uomo con le altre umane creature. Malgrado la legge morale gli uomini sarebbero stati alla balìa di quello tra loro che, al bene *soprassensibile* preferendo il bene *sensibile*, avesse saputo, per via di forza od astuzia, violarne i diritti. Sotto questo rapporto il disordine nel mondo morale avrebbe portato disordine anche nel mondo fisico.

A completare l'attuazione della legge dell'ordine nella vita terrena, occorreva dunque un fatto ulteriore: per cui la legge morale si afforzasse quaggiuso di una coazione e di una sanzione *sensibile;* onde il precetto morale, che imponeva all'uomo di rispettare i diritti della creatura, non fosse parola inetta; e il mondo morale in preda a continuo disordine non facesse brutto contrasto all'ordine che domina il mondo fisico.

Questa forza coattiva e repressiva che la legge morale in sè non aveva, non poteva trovarsi altrove che nel braccio stesso dell'uomo. Iddio avrebbe potuto creare l'uomo impeccabile togliendogli la potenza di trasgredire ai precetti suoi, come tolse ai corpi la potenza di resistere alla forza di gravità: non vi

Digitized by Google

sariano stati allora nè *doveri* nè *diritti*. Tutto era *necessità*. Ma ciò era destruttivo del libero arbitrio; e rendeva l' uomo incapace di meritare o demeritare. Posto dunque il libero arbitrio, o bisognava inviare sulla terra una schiera permanente di spiriti superiori come guardiani e vendicatori della legge morale: o si veniva a questo inevitabile dilemma — lasciare il precetto morale senza osservanza, o commetterne la tutela al braccio dell' uomo.

Così per la legge eterna dell' ordine, l' uomo fu destinato ad essere nel tempo stesso suddito del precetto morale, e suo conservatore.

Ma siffatta missione non poteva eseguirsi dall' uomo disgregato: e neppure dagli uomini congiunti in una mera associazione fraterna costituita sul principio dell' assoluta eguaglianza. Anche in questa la disparità dei voleri e la parità del potere, rendeva impossibile il divieto, la sanzione, e il giudizio dei fatti umani: e il divieto, la sanzione, e il giudizio erano d' altronde il complemento indispensabile alla legge morale in quella sua parte che regola i doveri dell' uomo verso la umanità. Cotesto complemento non poteva formarlo che la società *civile*.

La consociazione del genere umano è una necessità della sua natura; indispensabile alla sua conservazione ed alla perfettibilità indefinita a cui è destinato. Ma se i bisogni *fisici* per cui richiedesi il reciproco ajuto, e i bisogni *intellettuali* per cui richiedesi la reciproca istruzione della umanità, si appagavano bastantemente di una semplice associazione fraterna; cotesti bisogni non valgono dunque a render ragione della *società civile*, ed erra chi confonde la genesi di questa con la genesi di

Digitized by Google

una naturale consociazione. Fu illusione gravissima di Rousseau, e dei suoi seguaci, quella di supporre nel primo periodo della umanità una vita ferina; ma fu del pari illusione dei suoi confutatori quella di supporre la *società civile* nata con l' uomo. Ove le verità rivelate non confutassero anche questo secondo concetto, la sola ragione mostra la impossibilità di principi e di magistrati nella culla di una umanità composta di poche famiglie. Lo stato di associazione fu coevo al nascere dell' uman genere: lo stato di società civile fu un primo progresso della umanità crescente; al quale essa era condotta per una legge di ordine primitivo, in forza di altri bisogni distinti da quelli che l' avevano spinta all' immediato consorzio.

Eravi infatti altro bisogno non meno importante ai destini della umanità: quello cioè della osservanza e rispetto di quei diritti che la legge di natura avea dati all' uomo innanzi ad ogni legge politica, perchè gli fossero mezzo a compiere i proprj doveri ed a raggiungere la sua destinazione quaggiù. Per l' impulso delle passioni individuali cotesti diritti sarebbero stati inevitabilmente e senza riparo conculcati e distrutti, così nello stato di isolamento come nello stato di società naturale. Ed ecco la sola, la vera ragione di essere della società civile. Ragione eterna e assoluta: perchè assoluta e primitiva la legge che volle la osservanza effettiva degli umani diritti. Se la *società civile* era la sola forma che potesse attuare la osservanza dell' ordine giuridico, e se la legge di natura volle dell' ordine giuridico la osservanza, la legge stessa deve aver voluto ed imposto che la umanità si componesse a quella for-

Digitized by Google

ma di associazione che sola potea rispondere a cotesti fini. La ragione di essere della società civile è dunque primitiva e assoluta; ma risiede soltanto nella necessità della *tutela giuridica.*

Ora se lo stato di società civile era necessario alla razza umana pel fine della osservanza del precetto morale, la società che doveva esprimere la forma speciale dell' ordine segnato all' uomo dalla mente suprema fino dal primo istante della sua creazione, non poteva essere che una società la cui direzione si unificasse in un centro comune di *autorità.* E questa autorità non potè non essere fornita del potere di *proibire* certe azioni, e di *reprimere* chi osasse, malgrado il divieto, commetterle. La società civile, l' autorità che a questa presiede, il diritto di proibire e di reprimere a lei compartito, non sono che una catena di strumenti della legge dell' ordine. Dunque il giure penale ha la sua genesi e il suo fondamento di ragione nella legge eterna della universale armonia.

Il precetto, il divieto, e la retribuzione del bene e del male, finchè stanno in mano di Dio hanno per unico fondamento e per unica misura la giustizia. Assoluta nell' assoluto; infallibile nell' infallibile; essa in questo stato colpisce l' uomo tanto nei suoi rapporti con Dio e con sè stesso, quanto nei suoi rapporti con le altre creature. Qui la giustizia procede sempre come principio *unico.* Dio non punisce il ladro e l' omicida per difendere l' uomo: ma perchè l' omicidio ed il furto sono un male: e vuole giustizia che chi fa male soffra un male.

Ma il precetto, il divieto, e la retribuzione, in quanto appellano ai rapporti dell' uomo con la uma-

Digitized by Google

nità, si staccano da Dio; e una parte del loro esercizio se ne devolve sulla terra all' autorità sociale, perchè la violazione di tali rapporti recando un nocumento presentaneo all' innocente, è necessità che l'innocente sia protetto contro queste violazioni mercè una forza presente e sensibile.

Così la difesa della umanità non è la primitiva ragione di proibire e di punire: è la ragione per cui il gius di proibire e punire sulla terra si esercita dall' uomo sopra l' uomo suo simile. E questa non è una *necessità politica;* ma *necessità della legge di natura.*

Finchè pertanto il gius di punire si considera in astratto, il suo fondamento è la sola *giustizia.* Ma quando si considera come atto dell' uomo, il suo fondamento è la *difesa* della umanità.

Erra chi trova la origine del gius di punire nel solo bisogno della *difesa,* disconoscendone la prima genesi nella *giustizia.*

Erra chi trova il fondamento del gius di punire nel solo principio della *giustizia,* senza restringerlo nei limiti del bisogno della *difesa.*

Il gius di punire nella mano di Dio non ha altra norma che la *giustizia.* Il gius di punire nelle mani dell' uomo non ha altra legittimità che il bisogno della *difesa;* perchè all' uomo è devoluto soltanto in quanto occorre alla *conservazione* dei diritti della umanità.

Ma quantunque la difesa sia la unica ragione della delega, il diritto delegato sempre soggiace alle norme della giustizia; perchè non può perdere la indole primitiva della sua essenza col passare che egli fa nella mano dell' uomo.

Digitized by Google

Dando alla punizione umana il solo fondamento della *giustizia,* si autorizzerebbe un sindacato morale anche là dove non è nocumento sensibile; e l' autorità sociale usurperebbe il magistero della divinità, rendendosi tiranna dei pensieri col pretesto di perseguitare il vizio ed il peccato.

Dando alla punizione umana il solo fondamento della *difesa,* si autorizzerebbe la restrizione di atti non malvagii, sotto il colore di pubblica utilità; e si accorderebbe all' autorità sociale la tirannia dell' arbitrario.

Se l' autorità sociale, per un ossequio alla giustizia, punisce quando il bisogno della *difesa* non lo richiede, pecca contro la giustizia *nella forma;* perchè quantunque la punizione sia meritata, ingiustamente e abusivamente si infligge da lei. Il diritto a punire primitivo esiste: ma non è a lei delegato.

Se l' autorità sociale, per un pensiero di pubblico vantaggio, punisce quando il castigo non è meritato, pecca contro la giustizia *nella sostanza;* perchè dove non è malefatto, il diritto primitivo a punire non esistendo, ei non può essere in lei derivato.

Questi due principii risalgono alla *legge eterna dell' ordine,* dalla quale deriva la *società,* l' *autorità,* e il diritto in questa di *proibire* e di *punire.* La legge dell' ordine *esterno,* cioè il bisogno della difesa, investe l' autorità umana di un potere sull' uomo: ma la legge dell' ordine *interno,* cioè la giustizia, ne domina indefettibile l' esercizio come misura moderatrice. L' *interno* confine del giure penale riducesi alla più semplice ed alla più esatta espressione con questa formula. Il giure penale *deve* accorrere ovunque è necessario per tutelare il diritto: il giure

Digitized by Google

penale *non può* accorrere dove il diritto non è violato o posto ad imminente pericolo. Esso è *difettoso* se manca al primo canone: è *esorbitante* ed ingiusto se eccede il secondo, sebbene contro atto immorale o intrinsecamente malvagio.

Dunque non è vero che il giure penale sia restrittivo della umana libertà. Non è limitazione di libertà lo impedimento che si frappone tra l' assassino e la vittima: perchè la libertà umana altro non è che la facoltà di esercitare l' attività propria senza lesione dei diritti altrui. La libertà dell' uno deve coesistere con la libertà uguale di tutti. La restrizione nasce dalla legge di natura, che diede alla umanità dei diritti, e impose agli uomini di rispettarli. La legge umana non minora la libertà col contenerla entro i limiti di sua natura (1).

Il giure penale è invece protettore della libertà umana così esterna, come interna. Della interna, perchè dà all' uomo una forza di più per vincere il suo peggiore tiranno, le proprie passioni! e l' uomo, come bene dicea Daguesseau, non è mai tanto libero quanto allorchè subordina le passioni alla ragione, e la ragione alla giustizia. Della esterna, perchè protegge il debole contro il forte nel godimento dei propri diritti entro i limiti del giusto; nel che consiste la vera libertà.

Questa verità procede tanto in ordine alla proibizione e repressione dei fatti che ledono l' individuo: quanto in ordine ai fatti che offendono il corpo sociale e l' autorità. Tostochè si riconosce che la

(1) *Legum* (disse Cicerone) ***servi sumus ut liberi esse possimus.***

Digitized by Google

società e l'autorità non sono creazione della politica umana, ma hanno la loro genesi nella legge di natura; da questa stessa legge è necessario desumere il diritto nell'autorità alla propria conservazione: cioè il diritto in lei ad essere rispettata, e il dovere nei cittadini a rispettarla finchè muove nel cerchio della propria legittimità.

A pensare altrimenti furono condotti i pubblicisti, o perchè sbagliarono nel concepire la origine della società; o perchè confusero il magistero *penale* col magistero di *buon governo*. Ma fra l'uno e l'altro intercede un abisso.

Il magistero di polizia non procede che da un principio di *utilità;* la sua legittimità è tutta in questo; non attende un fatto malvagio per agire; non sempre coordina i suoi atti alla rigorosa giustizia: e così avviene che ad esso consentendosi di agire per via di modica coercizione, egli realmente possa divenire modificativo della umana libertà: lo che si tollera per la veduta di maggior bene.

Ma il magistero di polizia non ha nulla di comune col magistero penale, quantunque entrambo si esercitino dall'autorità preposta al reggimento dei popoli. Questo incomincia il suo officio quando quello ha inutilmente esaurito il suo: ne è diverso l'oggetto; diverse le norme e i confini. Che se ambedue sembrano unificarsi perchè unica è l'autorità sociale che esercita l'uno e l'altro, non si unificano però in loro stessi, nè in faccia alla scienza. Nella guisa stessa che due arti non possono considerarsi come formanti un solo corpo di regole perchè si esercitino per avventura da un solo uomo, così non può dirsi che se il governo stesso e previene e puni-

Digitized by Google

sce, la prevenzione e la punizione si unifichino nella causa, nei limiti, nei modi, negli effetti, e nel fine.

Fu un errore il credere che il magistero di polizia attenesse alla scienza nostra. Esso non è una parte del giure penale, ma spetta piuttosto al diritto economico, quando questo si ravvisi non come un mero fattore di ricchezza, ma come un fattore di civiltà.

Compenetrando il magistero di polizia nel giure penale si generò confusione nelle idee, e si aprì la strada all' arbitrio per cagione del mutuo imprestito delle respettive norme, che non erano dall' uno all' altro comunicabili. Ora ne avvenne che il magistero di polizia, per la influenza dei principii del giure penale, si stringesse fra tali lacci che lo rendevano inetto. Ora ne avvenne che sul giure penale si attribuisse una smodata influenza alla idea della prevenzione, allargando l' arbitrio a discapito della giustizia. Sono due forze che si porgono a vicenda la mano per l' ultimo fine dell' ordine, che esse hanno a comune come fine supremo di tutte le leggi imposte dal creatore al creato. Sono due forze che non devono l' una all' altra avversare. Sono due forze riunite nella stessa mano dell' autorità sociale. Ma sono due forze essenzialmente distinte. Se l' una si misura con le norme dell' altra si affievolisce fino alla impotenza: se l' altra si misura con le norme dell' una si esagera fino alla ferocia (1).

Fu una vicenda costante negli ordinamenti delle nazioni che sotto i governi dispotici l' ufficio di po-

(1) Vedasi Prins et Pergameni *réforme de l' instruction préparatoire, pag.* 144 *et* 145.

Digitized by Google

lizia si amalgamasse col giure punitivo; e gelosamente si tenessero separati sotto i liberi reggimenti. Almeno razionalmente doveva essere così. Se poi non è così sotto governi che si vantano di libero reggimento, ciò vuol dire che quel vanto è una ipocrisia. E ciascuno, che voglia intendere, questa verità deve bene confessarla. Così in Roma libera fu estraneo alla giustizia penale l'ufficio e la giurisdizione *censoria*. L'impero cambiò in delitti proprii moltissimi fatti dei quali sotto la repubblica si occuparono soltanto i censori (1). A coprire cotesta confusione si è preso, secondo i varj tempi, pretesto da tre diversi pensieri. Ora dalle idee smodate circa l'autorità del Principe, o circa i diritti dello Stato: ora dalla prevalenza del fanatismo religioso: ora da un eccessivo zelo per la morale. Ciascuna di queste idee ha alla sua volta fuorviato il giure punitivo, e facendo velo al suo genuino concetto lo ha reso indefinito ed ingiusto. Ma l'autorità sociale che voglia legittimamente esercitare i diversi poteri che le sono conferiti, deve esercitare ciascuno di loro secondo le regole di assoluta ragione che ne sono respettivamente dominatrici.

Nell'autorità che sovrasta al corpo sociale esiste una quantità di poteri, nei quali, più che veri diritti si configurano altrettanti doveri, che legano la stessa verso i cittadini, e le ne rendono entro certi limiti obbligatorio l'esercizio.

Essa deve proteggere le private transazioni, onde nei rapporti patrimoniali non domini la frode o la

(1) Koenigswarter *diss. nullum delictum sine lege, pag.* 12, *Amstelodami* 1835.

Digitized by Google

forza, ma la giustizia. A ciò supplisce con le leggi civili, e con la istituzione di magistrati che dirimano secondo quella le pecuniarie controversie tra i cittadini. Ciò attiene al *diritto privato*. Ma il diritto privato, in quanto regola facoltà acquisite e alienabili, non è in sè assoluto; perchè l' individuo può col suo consenso rendere giusto ciò che per la legge sarebbe ingiusto; e l' autorità può per ragioni di pubblico bene rendere inefficace il consenso e il diritto dei privati.

Essa deve mantenere nei giusti confini i rapporti che intercedono fra governanti e governati; onde quelli non trasmodino il cerchio delle loro attribuzioni; questi non eludano la dovuta obbedienza. Suppliscono a ciò gli ordinamenti organici dello Stato; i quali attengono al *diritto pubblico* particolare, o diritto *costituzionale*. Ma questo non è in sè stesso assoluto: perchè le diverse condizioni dei popoli modificano il diritto pubblico; il quale è sempre legittimo quando è conforme ai voleri della maggiorità intelligente, e indirizzato al fine ultimo del bene generale.

Essa provvede a mantenere buone relazioni tra lo Stato e le altre nazioni; perchè i cittadini siano protetti anche in estero territorio; e perchè dalle nazioni limitrofe, anzichè sorgere una cagione di pericolo, emergano elementi reciproci di sicurezza esterna e di interna ricchezza. A ciò provvede coi congressi, coi trattati, coi consolati, con le ambascerie, ed al bisogno con la guerra. Ciò attiene al *gius delle genti*, o *internazionale*. Ma anche questo è variabile secondo le condizioni dei varii popoli.

Digitized by Google

Deve l' autorità provvedere al bisogno delle pubbliche spese; promuovere la miglioria morale del popolo, ossia la vera civiltà (la quale non consiste nella garbatezza dei modi, ma nella onestà dei costumi); e procacciare che i consociati, non solo del necessario non manchino, ma abbiano ancora quanto meglio serve a prosperare la vita. A tal fine si indirizzano le leggi sul culto, sul buon costume, sul commercio, sulla finanza, sull' annona, sulla regalìa, sulle opere pubbliche. Ciò attiene al *diritto amministrativo*, ed alla *economia politica*. Ma anche questa non può formare un corpo di giure assoluto e costante, perchè la sua legge è la utilità, subordinatamente però sempre al rispetto per la libertà delle scienze e delle industrie.

Ora in tutte queste provvisioni, che nel loro complesso pertengono alla scienza del *buon governo*, avviene spesso che l' autorità per rafforzare un suo ordinamento debba, a servigio del bene comune, infliggere qualche male a quel cittadino che a tali provvisioni si opponga col suo operato.

Ma sarebbe un. errore il credere che ogni qual volta l' autorità infligge un male ad un cittadino per cagione di un suo fatto, essa eserciti sempre il *giure penale*. Le leggi finanziarie, la regalìa, il commercio hanno frequenti penalità; gli stessi ordini di procedura civile minacciano delle ammende; la polizia ammonisce, corregge, ed anche imprigiona; e spesso senza che siasi niente turbato l' ordine esterno, ma solo perchè o il turbamento ragionevolmente si teme, o si è diminuita la prosperità del paese.

Tutte queste severità, le quali non possono essere che leggiere, non attengono al magistero penale. I

Digitized by Google

fatti che provocano tali misure possono dirsi *trasgressioni*, ma non sono *delitti*.

Errava anche in questa parte Rousseau, quando con una delle brillanti sue frasi diceva, che il giure penale non era una legge di per sè stante, ma la sanzione di tutte le altre. Con cotesta formula riducesi l' ufficio del diritto criminale alla mera punizione, senza tener conto della proibizione, che ne è pure parte integrante; si getta il giure penale in balìa dell' indefinito; e si rende impossibile costruirlo a forma di vera scienza, e unificarne il principio moderatore.

Il criterio che separa il magistero penale dal magistero di buon governo, e che distingue così i *delitti* dalle *trasgressioni*, non può essere che questo: che il magistero penale deve colpire soltanto i fatti ai quali possa adattarsi il carattere di moralmente riprovevoli, perchè ha la misura del suo diritto nella giustizia assoluta; mentre il magistero di buon governo può colpire anche fatti moralmente innocenti, perchè il fondamento del suo diritto è la pubblica utilità.

Che se in qualche codice si videro manomesse coteste regole nella formazione delle classi; ed ora nella legge penale si intrusero *trasgressioni*, ora alla legge di polizia si consegnarono veri *delitti;* ciò non contradice la verità dei principj, ma prova soltanto l' errore e la inesattezza dei legislatori.

La scienza del *giure penale* non può occuparsi che dei primi fatti. Sui secondi non getta che uno sguardo fugace, per avvertire i legislatori ad essere miti ed umani. Ma non può rendere comuni

Digitized by Google

alle *trasgressioni* le sue teorie, senza generare inestricabile confusione (1).

Il magistero penale è destinato a proteggere la libertà individuale. Gli altri ordinamenti la restringono. Il magistero penale presuppone sempre un fatto violatore della legge morale, ed una intenzione riprovevole. Gli altri ordinamenti ora non curano della intenzione e della moralità, ma soltanto del fatto materiale; ora non attendono neppure il fatto, ma colpiscono la sola malvagità dell'uomo. Al magistero di buon governo sta bene si assegni come fondamento del suo diritto la *pubblica necessità*, od anche la *utilità:* al magistero penale non può attribuirsi come genesi un atto di volontà umana; ma il precetto di Dio, promulgato all'uomo mercè la legge di natura. Gli ordinamenti di quello sono relativi e variabili; il magistero penale è assoluto in tutti i suoi principj fondamentali.

E di vero se il gius di punire nella mano dell'uomo procede dalla legge eterna dell'ordine, la

(1) Feuerbach definì la scienza criminale — scienza dei diritti che lo Stato può avere sopra i cittadini in ragione delle violazioni di legge che questi commettono. — Cotesta definizione, quantunque in parte esprima il concetto filosofico della nostra scienza, è troppo vasta; perchè estendendosi a qualunque sanzione ed a qualsiasi violazione di legge, comprende più del definito. La omessa registrazione di un atto civile, e la sua formazione in carta senza bollo, atterrebbero al giure penale! La scienza criminale è la ricerca dei limiti interni ed esterni entro i quali soltanto lo Stato può tutelare i diritti umani con lo spogliare di un suo diritto l'uomo che li abbia attaccati; e dei modi più convenienti di esercitare con siffatto mezzo questa tutela.

Digitized by Google

scienza del giure penale deve essere indipendente da qualunque provvisione di legge umana; e diretta soltanto da regole di assoluta ragione.

Se il giure penale avesse la sua radice e la sua norma nella volontà dei legislatori, lo studio di questa scienza sarebbe ristretto all' arido commento del codice della città: ed i suoi dettati varierebbero col variare di tempi, di luoghi, di bisogni, e di opinioni.

Ma la elasticità perpetua del giure penale fu un sogno del Filangeri, che accettò gli errori dei legislatori pagani come tipo di verità razionale. Cotesta idea è ormai rejetta dalla scienza; la quale si suiciderebbe accettandola. Il giure penale ha la sua genesi e la sua norma in una legge che è assoluta, perchè costitutiva dell' unico ordine possibile alla umanità secondo le previsioni ed i voleri del creatore (1). La scienza penale non cerca che l' ap-

(1) Anche la dottrina penale ha i suoi *atei:* e tali sono coloro che sulle orme di Montesquieu e di Bentham tengono come *unica* genesi del diritto la *legge dello Stato.* Ed *atei* li chiamo tanto in senso figurato e relativo, quanto in senso rigoroso e assoluto. *Atei* in senso relativo, perchè il diritto è lo Dio di ogni scienza giuridica, e chi nega al diritto una esistenza assoluta precedente alla legge umana nega all' ordine giuridico la divinità che lo crea. *Atei* in senso assoluto, perchè implicitamente nega uno Dio ed una provvidenza, chiunque non riconosce che il mondo morale è sottoposto dal primo nascere della umanità ad una legge suprema non variabile dai placiti umani. Laonde il giure penale è una vera *scienza,* la quale mantiene inconcusse le verità da lei professate a traverso le onde degli umani capricci: *nec enim* (ripeterò con Guthero nel suo *Thiresias, seu de coecitatis et sapientiae cognatione, pag.* 36) *est*

Digitized by Google

plicazione alla tutela giuridica di questi principii razionali imposti a noi dalla mente suprema.

Le sue dimostrazioni non si desumono dalla parola dell' uomo: ma devono essere deduzioni logiche della eterna ragione, della quale Dio rivelò agli uomini per mirabile ispirazione quanto occorreva a regolare quaggiù la loro condotta verso i proprj simili. Subordinate così ad una norma *assoluta,* le leggi penali sono nei principii cardinali *assolute:* nè possono divenire *relative* che nella forma della loro applicazione.

Ecco la scienza penale che noi dobbiamo studiare; astraendo sempre da ciò che può essere piaciuto dettare nei varj codici umani, e rintracciando la verità nel codice immutabile della ragione. La comparazione dei diritti costituiti non è che un complemento della nostra scienza. In codeste secondarie ricerche noi dobbiamo giudicare tra i vari codici qual più si adatti all' archetipo del vero assoluto: non già, con viaggio prepostero, desumere la verità dei principii dal diritto costituito. I dettati umani furono troppo spesso iniqui ed irragionevoli, perchè eccitati dalle passioni, o dalle allucinazioni dello intelletto. Se il tipo della legge naturale si volesse desumere da cotesto criterio, o si cadrebbe in uno scetticismo pauroso, o si legittimerebbe qualunque ingiustizia.

scientia earum rerum de quibus dubitari potest; aut circa ea versatur quae aliter se habere possunt: sed notitiam. *Solum* scientia *est de rebus certis et necessariis quae in consultationem non cadunt, aut ullo modo mutari possunt.*

Digitized by Google

Alla nostra scienza tre fatti porgono argomento — l'uomo che viola la legge — la legge che vuol punito quell'uomo — il magistrato che verifica la violazione, ed irroga la punizione. Delitto — pena — giudizio. L'ordine delle materie nel giure penale discende dalla natura delle cose. È inalterabile.

Questa è la parte *generale* della scienza nostra. La parte *speciale* scende all'esame dei *singoli fatti* coi quali si viola la legge; ed anche questi esamina secondo i principii di ragione con un criterio tutto ontologico, per definirne i respettivi caratteri, distinguerne le fisonomie, e misurarne i gradi.

Fin qui tutto è *teoria;* parte *speculativa.* Esaminare intorno ai giudizi, quali sono le procedure con cui si ordinano nel nostro paese; ed intorno ai delitti in specie, quali sono le nozioni e i respettivi rapporti, secondo i quali vengono definiti e misurati dalla legge che ci governa: ella è parte puramente *pratica* e positiva.

Nella parte teorica si interpetra una legge eterna ed indefettibile come archetipo a cui debbono uniformarsi le opinioni di tutti i sapienti; ed a cui deve obbedire lo stesso legislatore. Nella parte pratica si interpetra una legge umana e variabile, come autorità alla quale, noi tutti, e sudditi e magistrati, dobbiamo, fintantochè vige, uniformarci, sieno quali si vogliono le nostre opinioni.

La ragione della obbedienza alla prima è la *verità:* la ragione della obbedienza alla seconda è l'*impero.*

La parte *pratica* del giure penale pertiene alle cattedre di perfezionamento: queste, come guida dei giureperiti alla attuazione del diritto nel fôro, hanno per testo la legge scritta, per duce la ermeneutica,

Digitized by Google

ed i monumenti giurisprudenziali: e con l' aiuto della critica debbono coordinare questi ad un sistema; con l' aiuto della ragione teorica rilevare in quella i difetti, e proporne le utili migliorie. Ma la cattedra non guarda il giure penale che sotto il punto di vista filosofico; perchè insegna non la scienza della Italia, ma i principii comuni a tutta la umanità.

Tale è la via che noi dobbiamo percorrere. E la percorreremo seguitando con amore e con fede i principii che distinsero su tutte le altre la scuola italiana.

La scuola italiana, che bevendo ai sommi principii della latina filosofia nell' argomento penale, seppe col presidio del cristianesimo appurarli dalla nebbia pagana, e rivendicarli dal guasto delle ferocie orientali e dei nordici pregiudizi, che li avevano con successiva guerra manomessi e corrotti.

La scuola italiana, che tanto operò nella lunga lotta fra il diritto e la forza: che prima di ogni altra proclamò col labro di Vico esservi nella distribuzione delle penalità una legge che sovrasta al legislatore: ed elaborandosi nella doppia fucina dell' accademia e del fòro, serbossi ugualmente incontaminata dal fascino delle visioni trascendentali, e dal brutale materialismo del secolo decimottavo.

La scuola italiana ebbe già su questa cattedra il suo più splendido altare; il suo apostolo nel Carmignani; i suoi sacerdoti nella toscana magistratura: e quantunque sembrasse tripartirsi nel secolo presente, pure rimase unificata sempre nello spirito e nelle tendenze.

Digitized by Google

Se udimmo ai nostri giorni quel bello ingegno di Flottard (1) avvertire la Francia che gli italiani nella via delle riforme penali avevano di lunga mano precorso tutte le nazioni di Europa; sia nostra gloria seguitare il cammino coraggiosamente segnato dai nostri maggiori, anzichè per vaghezza di sterili novità muovere contro di loro una guerra impotente.

(1) *De l' état actuel du droit pénal en Italie;* nella *Revue critique de jurisprudence, année* 1852, *pag.* 373.

Digitized by Google

Digitized by Google

PARTE GENERALE

SEZIONE PRIMA

DEL DELITTO

CAPITOLO I.

Della imputabilità *e della* imputazione.

§. 1.

Distinguere la teoria della *imputazione* dalla teoria della *pena,* fu uno dei più notabili e radicali progressi della scienza criminale moderna (1). La teoria della imputazione contempla il delitto nei suoi puri rapporti con lo *agente,* e questo alla sua volta contempla nei suoi rapporti con la *legge morale,* secondo i principii del *libero arbitrio* (2) e della umana responsabilità; che sono immutabili, nè si modificano per variare di tempi, di genti o di costumi. La teoria della *pena* contempla il delitto nella sua vita esteriore, e questa guarda nei suoi rapporti con la consociazione civile considerata nella sua primaria ragione di essere, quella cioè di ministra necessaria della *tutela giuridica* sulla terra. Lo che conduce questa teoria a subire lo influsso

Digitized by Google

delle condizioni sociali. Laonde lo unificare le due teorie è fonte di errori, perchè confonde i due distintissimi fondamenti della imputazione e della pena, e turba l' ordine dei principii cardinali della dottrina punitiva, e perchè sebbene non possa esservi *pena* dove non è *imputazione* vi può essere *imputazione* non susseguita da *pena;* e sebbene tutto ciò che modifica la imputazione debba per giustizia influire sulla pena, questa può spesso doversi modificare anche dove rimane inalterata la imputazione.

(1) Questa confusione ha percorso un viaggio di venti secoli sempre con effetti nocevoli alla buona giustizia. Esordisce questo viaggio dal prisco giure Romano e continua nella empirica dottrina delle attenuanti francesi. Ciò non si è veduto da qualche contemporaneo, che facendo pompa di una facile ma fallace erudizione ha preteso trovare riassunta tutta la dottrina del diritto criminale nel responso di Claudio Saturnino alla *leg.* 16, *ff. de poenis.*

(2) Io non mi occupo di discussioni filosofiche: presuppongo accettata la dottrina del *libero arbitrio* e della *imputabilità morale dell' uomo,* e su questa base edificata la scienza criminale, che male si costruirebbe senza di quella. Non mi occupo pertanto della moderna scuola Anglo Germanica, iniziata da quei filosofi che presero il nome di *deterministi;* scuola singolare ed audacissima, che ha tentato conciliare insieme la *negazione assoluta* di ogni *libero arbitrio* nell' uomo, e la *legittimità delle punizioni* che la società infligge ai violatori dei diritti altrui. Chi bramasse erudirsi su questa eccentrica dottrina può trovarla riassunta nel nitido ed elegante scritto di Thonissen, intitolato *un déterministe de* 1787, *Bruxelles, mai* 1874, dove fa la storia della dottrina *determinista* mostrando che non è tanto moderna quanto vuolsi far credere.

Digitized by Google

§. 2.

Imputare significa — porre una qualche cosa al conto di alcuno (1). La *imputabilità* è il giudizio che formasi di un fatto *futuro* previsto come meramente possibile. La *imputazione* è il giudizio di un fatto *avvenuto*. La prima è la contemplazione di una idea: la seconda è l' esame di un fatto concreto. Là si ha dinnanzi un puro concetto: qua si ha dinnanzi una realtà.

(1) Vedasi Kleinschrod *dissert. intorno alla dottrina della imputazione* (negli opuscoli raccolti dal Mori *vol.* 1, *pag.* 1) — Puffendorf *de jure naturae et gentium lib.* 1, *cap.* 5, §. 3, *Neapoli* 1773. — Nani *principii di giurisprudenza criminale part.* 1, *cap.* 1, *sez.* 1, §. 2 — Woltaer *observationes lib.* 1, *observ.* 4, *imputationis civilis notio eruta* — Vosmaer *doctrina de imputatione ad delicta universitatis applicata, pars prior,* §. 1, *ad* 23; *in* Martini *collect. dissertationum criminalium, Jenae* 1822; *dissert.* 10, *pag.* 329 — Mittermajer *sugli stati dubbiosi dell' animo* (Mori *vol.* 2, *pag* 125).

§. 3.

La imputabilità e la imputazione variano di *predicato* secondo che il giudizio, che attribuisce all' agente la responsabilità di un fatto o *previsto*, o *verificato*, procede o dalla semplice considerazione del nesso naturale tra il fatto e la moralità dell' agente; o da considerazioni derivate dai rapporti esterni dell' uomo.

Digitized by Google

§. 4.

La imputabilità e la imputazione *morale* non hanno altra condizione tranne quella che l' uomo il quale fu causa *materiale* di un fatto, ne fosse ancora causa *morale*. È moralmente imputato all' uomo un fatto di cui fu causa morale, tanto se il suo atto è indifferente, tanto se è buono, quanto se è malvagio. Ma appo i criminalisti e legislatori penali è invalso l' uso di spendere la parola imputare come sinonimo di *incriminare*, mentre non lo è, e di qui sono nati gli equivoci dei quali dirò al §. 288, derivati dallo avere dimenticato il senso genuino ed *assoluto* delle parole *imputare, imputabile, imputazione.*

§. 5.

La imputabilità (1) *politica* sorge quando si dichiara che dell' atto previsto sarà responsabile il suo autore in faccia alla società. Questo giudizio si definisce — *un atto pratico dell' autorità, col quale prevedendo la possibilità di un' azione umana, la dichiara imputabile come delitto al suo autore, per ragioni di politica convenienza.*

(1) La scuola spagnuola (Pacheco *estudios de derecho penal, Madrid* 1854) e portoghese (Jordão *commentario ao codigo penal portuguez, Lisboa* 1853) usano invece la parola *criminalità* come meno equivoca. Anche noi avevamo come voce di uso il termine *incriminare.* Dichiarare *politicamente imputabile* un' azione, e *incriminarla,* suona

Digitized by Google

l' istesso. Vale cioè, dichiarare che chi la commetterà sarà responsabile di un delitto: vale vietarla sotto minaccia di una repressione. Così il processo ideologico percorre tre fasi nella sua relazione ad un fatto che si esamina: 1.° imputabilità morale, che nasce dalle leggi della *responsabilità* umana: 2.° imputabilità politica o *incriminazione*, che nasce dal *divieto*: 3.° punibilità, che nasce dalla sanzione. La terza fase presuppone per necessità la precedenza delle due prime; ma a queste può non sempre tener dietro la terza.

§. 6.

La imputazione *civile* (1) nasce quando si dichiara che di un fatto avvenuto ne è responsabile in faccia alla società un determinato individuo. Questo giudizio si definisce — *un atto pratico di mera ragion civile, col quale si interpetra la legge promulgata secondo i canoni giurisprudenziali, e si giudica un fatto secondo i criterii logici, per dichiarare che alcuno ne è l' autore responsabile in faccia a quella.*

(1) Bichon (*de dolo, Trajecti ad Rhenum* 1830) ed altri la dicono *imputazione giuridica*.

§. 7.

Il giudizio sulla politica imputabilità non può emettersi che dal legislatore: quello sulla imputazione civile dal magistrato.

§. 8.

Il giudizio col quale il magistrato imputa civilmente ad un cittadino un' azione come già dichia-

Digitized by Google

rata dalla legge politicamente imputabile, è il resultamento di tre distinti giudizii. Il magistrato trova in quell' individuo la causa *materiale* dell' atto: e gli dice, *tu facesti* — imputazione *fisica*. Trova che quell' individuo venne a quell' atto con volontà intelligente: e gli dice, *tu facesti volontariamente* — imputazione *morale*. Trova che quel fatto era proibito dalla legge della città: e gli dice, *tu facesti contro la legge* — imputazione *legale*. È solo dietro il risultato di queste tre proposizioni che il magistrato può dire al cittadino, io ti imputo questo fatto *come delitto*.

§. 9.

Ma come il magistrato nel formare il giudizio sulla imputazione civile soggiace al dettato della legge ed ai canoni di logica e di giurisprudenza, nè da queste norme può senza abuso deviare, così il legislatore nel formare il giudizio sulla politica imputabilità soggiace a regole assolute, dalle quali non può deflettere senza rendersi ingiusto e tiranno (1).

(1) Vedasi Van Berkout nella dissertazione, *an et quatenus a jure naturali jus positivum recedere juste possit, Amstelodami* 1834 — Huberi *digressiones Justinianeae cap.* 11, *pag.* 26, *Franequerae* 1696.

§. 10.

Le leggi penali non possono considerarsi come puramente *relative*. Nei loro principii cardinali esse sono *assolute*.

Digitized by Google

§. 11.

Onde un' azione possa dall' autorità sociale legittimamente dichiararsi imputabile al suo autore come delitto, occorrono indispensabilmente i seguenti estremi — 1.° che a lui sia *imputabile moralmente* — 2.° che possa imputarsi come *atto biasimevole* — 3.° che sia *dannosa alla società:* oltre a ciò perchè la dichiarazione di imputabilità riesca efficace occorre — 4.° che venga *promulgata la legge che la proibisce.*

§. 12.

1.° La legge dirige l' uomo in quanto è un essere moralmente libero: onde a nessuno può chiedersi conto di un evento del quale sia stato causa puramente *fisica,* senza esserne menomamente causa *morale.* Ciò basta alla imputazione morale. Ma di più l' azione che vuole rinfacciarsi all' uomo come delitto, oltre ad essere a lui moralmente attribuibile *come atto* volontario, deve — 2.° *poterglisi rinfacciare* come atto *biasimevole.* Non è in potere del legislatore di *incriminare* qualunque atto di cui l' uomo fu causa morale, quando questi atti fossero prescritti da una legge superiore. E ciò perchè sebbene la legge criminale non debba essere nei suoi precetti una ripetizione della legge morale e religiosa; pure non può a queste leggi avversare. Il mantenimento dell' ordine esterno non può ottenersi con mezzi turbativi dell' ordine interno (1).

Digitized by Google

(1) Una legge che proibisse difendere il proprio simile da un ingiusto male che gli sovrasta; una legge che imponesse ad un figlio di denunziare i delitti del genitore, o ad un cittadino di abbandonare la propria religione, e simili; urterebbe contro questo precetto, perchè imputando *politicamente* un atto che è comandato dalla morale, si porrebbe in contradizione con una legge superiore alla quale esso non ha potestà di derogare. Questa dunque è una condizione *negativa*, piuttosto che *positiva*. Non si esige che l' atto onde possa imputarsi *politicamente* (almeno come *trasgressione*) debba sempre essere moralmente *biasimevole;* potendosi anche gli atti moralmente indifferenti proibire per la tutela del diritto minacciato; e questi atti divengono biasimevoli moralmente, poichè l' autorità li ha in modo legittimo vietati politicamente. Ma non possono dichiararsi *biasimevoli politicamente* quegli atti che sono doverosi o lodevoli per la legge naturale o religiosa.

§. 13.

3.° Perchè un atto possa essere politicamente imputabile non basta che lo sia moralmente, nè che sia in sè malvagio per il precetto morale (1). Bisogna di più che l' atto moralmente imputabile ad alcuno come pravo, sia *politicamente dannoso*. Ciò consegue dal principio che il diritto di proibire certe azioni, e dichiararle delitto, si attribuisce all' autorità sociale come mezzo di mera *difesa* dell' ordine esterno: non per il fine del perfezionamento interno. E poichè non è possibile che l' aggressione del diritto abbia neppure il suo principio di esecuzione senza un *atto esteriore*, così qualunque repressione diretta contro i meri atti interni mancherebbe del fondamento necessario alla sua legit-

Digitized by Google

timità perchè non richiesta dal bisogno della *tutela giuridica. Punire* i *pensieri* è la formula comune con la quale si designa l' apogèo della tirannide.

(1) Come un tempo degenerò dalla sua vera indole il giure penale sotto i governi teocratici per la confusione del *peccato* col *delitto;* così degenerò anche sotto altri governi per la confusione del *vizio* col *delitto.* Il progresso civile può dirsi che abbia purificato le moderne leggi penali dal primo fatalissimo errore, ed i delitti così detti contro la religione, che un tempo mieterono tante vittime, sono oggi ridotti ai giusti limiti sotto il criterio della lesione di un diritto umano. Sotto l' influsso dello stesso criterio dovrebbero le leggi penali purificarsi dal secondo errore: ma in questo campo la completa epurazione non si è ancora raggiunta. Vedasi in questo senso quanto scrive Tissot *introduction philosophique à l' etude du droit pénal, Paris* 1874, *pag.* 47, *chap.* 2.

§. 14.

Di più il danno che reca l' azione prava dell' uomo deve essere danno *sociale:* cioè tale che non possa con altri mezzi, tranne col sottoporlo alla repressione della legge, provvedersi alla tutela dell' ordine esterno. Se il danno è ristretto all' individuo, o riparabile con un' azione diretta, il legislatore ecederebbe i suoi poteri dichiarando *delitto* l' atto che ne fu causa.

§ 15.

Così per la prima considerazione i pensieri, i vizi, e peccati, quando non turbano l' ordine esterno, non possono dichiararsi delitti civili.

Digitized by Google

§. 16.

Così pel secondo motivo la violazione di un contratto, benchè prava e volontaria e benchè dannosa all' individuo i cui diritti si offendono, non può dichiararsi delitto, perchè gli altri cittadini non sentendone commozione l' ordine esterno non ne viene a patire. A tutelare il diritto manomesso basta la coazione diretta, che si svolge col mezzo della magistratura *civile*.

§. 17.

È questo lo scoglio più pericoloso nel quale risica di urtare il legislatore. Distinguere il sindacato morale dal sindacato politico: e distinguere il magistero *civile* dal magistero *penale*. Ogni deviazione da tali confini è una ingiusta offesa alla libertà civile. È questo lo scoglio nel quale i legislatori del Reame di Italia, imitando sempre (e sempre infelicemente) i tristi esempi di Francia, minacciano di urtare. La crescente civiltà di un popolo e la allargata sua libertà dovrebbero essere potente ragione di diminuire gradatamente il numero delle azioni dichiarate *delitti* (1). Ma invece cresce tra noi la mania di moltiplicarne il numero per ricorrere al periglioso rimedio del magistero penale contro azioni che i veri caratteri di delitto non avrebbero; e avverso le quali i padri nostri si appagarono di altri modi di prevenzione. Da questo ne avvenne che gli Italiani dopochè furono proclamati liberi trovarono con sorpresa loro lo esercizio della attività individuale più ristretto che prima non fosse. Fenomeno che ha la sua cagione

Digitized by Google

nella mania di troppo governare; e nella insipienza di tutto governare col mezzo di criminali processi.

(1) Esattissima sembra a me la formula di Ellero (*scritti minori pag. 78, Bologna* 1875) *doversi punire solo quelle azioni che violano o tendono a violare gli altrui diritti, allorchè questi non si possano in altro modo assicurare, e la punizione non implichi maggior danno della impunità.* Accetto completamente questo precetto del mio illustre collaboratore.

§. 18.

La *pravità morale* di un' azione e la sua *pravità politica* sono dunque essenzialmente distinte. Nel giudizio che si emette circa la prima si procede dalla considerazione degli atti interni alla considerazione degli esterni. Nel giudizio che si emette sulla seconda si procede dalla considerazione dell' atto esterno alla considerazione dell' atto interno. Il criterio dominatore del primo giudizio è la bruttura morale: il criterio dominatore del secondo giudizio è il disturbo sociale.

§. 19.

4.° Se l' uomo soggiace alla legge penale in quanto è ente dirigibile, questa sua subiezione ha causa nel suo intelletto e nella sua volontà. Ma a nessuno può attribuirsi la volontà di violare una legge o che non esiste o che ei non conosce. Dunque non può essere delitto un' azione, se non è emanata e promulgata la legge che la proibisce.

Digitized by Google

§. 20.

Da tali premesse si desume la nozione del *delitto civile.*

CAPITOLO II.

Nozione del delitto.

§. 21.

Il *delitto* civile si definisce — *la infrazione della legge dello Stato promulgata per proteggere la sicurezza dei cittadini, risultante da un atto esterno dell' uomo, positivo o negativo, moralmente imputabile* (1).

(1) Questa nostra definizione non può piacere ad una scuola moderna, e deve inevitabilmente incontrarne la censura. La dottrina di codesta scuola si è ultimamente riassunta da Franck *Philosophie du droit pénal sect.* 2, *chap.* 1, *Paris* 1864. È un errore, essa dice, desumere la nozione del delitto dalla legge umana promulgata nella città. Un' azione è o non è criminosa secondo che essa osteggia o non osteggia alla legge suprema del diritto in tal guisa che la tutela giuridica ne esiga la repressione. Questa sua condizione è assoluta. Essa nasce da un ordine superiore alla volontà degli umani legislatori, al quale costoro non possono derogare. Col definire il delitto, la infrazione della legge lata, si viene ad ammettere che anche un' azione eminentemente scellerata e nociva possa non essere delitto nella città dove nessuna legge la vieti; e che invece un' azione innocentissima divenga delitto per il capriccio di un barbaro legislatore cui piacque dichiararla tale. Ciò è intollerabile. La vostra definizione è un cir-

Digitized by Google

colo vizioso. Vi si domanda quali sieno le *azioni punibili*, e voi rispondete, quelle che sono punite.

Noi riconosciamo la verità di coteste osservazioni, e perciò abbiamo francamente dettato i precetti che devono obbedirsi dal legislatore nell' esercizio dell' alta missione di determinare quali azioni saranno delitto nella città da lui governata. Noi abbiamo detto che se il legislatore nel dettare le sue proibizioni conculca cotesti precetti, egli commette un abuso di potere, e la sua legge è ingiusta. Noi aderiamo dunque strettamente alle verità che proclama la scuola filosofica, e siamo ben lungi dall' ammettere che dalla sola legge umana dipenda l' essere o no un' azione delitto. Col definire il delitto *la violazione della legge promulgata*, abbiamo presupposto che cotesta legge sia dettata conformemente alla suprema legge naturale giuridica. Ma nel dare la definizione del delitto non abbiamo potuto preterire la idea della legge promulgata, perchè i principii della scienza devono servire di norma non al solo legislatore, ma eziandio ai magistrati. Ora se dalla definizione del delitto togliete la idea della legge promulgata venite evidentemente a queste due conseguenze; che al cittadino manca la regola scritta della propria condotta, e che il magistrato si converte in legislatore. Definite il delitto la *violazione di un dovere sociale*, oppure con Franck (*op. cit. pag.* 133) *qualunque attacco alla sicurezza e alla libertà sia della società sia degl' individui*, e ditemi poi se in faccia a codesta definizione lo attribuire nei casi concreti ad un' azione il carattere di delitto non venga ad essere interamente rilasciato al fluttuante arbitrio del giudice. La nostra definizione guarda nel delitto la sua ultima condizione, cioè il divieto della legge della città. Questo divieto potrà essere buono o cattivo, giusto od ingiusto, ma nondimeno rimarrà sempre come fatto giuridico che in quella città è delitto lo infrangere tale divieto. Laddove senza la legge che vieti sarà sempre ingiusto ravvisare un delitto *civile* in un' azione, per quanto prava e nociva, e per quanto meritevole in faccia all' ordine naturale giuridico di essere elevata

Digitized by Google

a delitto. Ove poi si cercasse la mera definizione filosofica del delitto, noi allora ci soscriveremmo alla definizione di Franck. Non accetteremmo però quella data dall' illustre Pessina, essere il delitto la *negazione del diritto*. Questa formula esprime una idea che è intrinseca nella nozione del delitto, il quale ha per necessaria sua condizione uno stato di contradizione col diritto; ma come definizione è inesatta, perchè include più del *definito*. Anche chi rifiuta pagare un debito *nega il diritto*.

§. 22.

Delitto, reato, offesa, crimine, malefizio: tutte parole adoperate dai cultori della scienza penale come sinonimi (1): nessuno dei quali appaga il desiderio di chi vorrebbe trovare nella parola la definizione della cosa: tutti indifferenti a chi si contenta di trovare nella parola il segno della idea.

(1) Sulla etimologia delle parole *delictum, scelus, facinus, flagitium, reatus, crimen, maleficium,* si vedano gli studi del Buccellati nel libro intitolato *Guida allo studio del diritto penale lib.* 2, *cap.* 1, *Milano* 1865. La parola *delitto* si deriva comunemente da *derelinquere,* abbandonare; e vale abbandono di una legge.

§. 23.

infrazione della legge — La idea *generale* del delitto è quella di una violazione (o abbandono) della legge: perchè nessun atto dell' uomo può essergli rimproverato, se una legge non lo vietava. Un atto diviene delitto solo quando cozza con la legge: può un atto essere dannoso; può essere malvagio; può es-

Digitized by Google

sere malvagio e dannoso; ma se la legge non lo vieta non può essere rimproverato come delitto a chi lo eseguisce. Ma varie essendo le leggi direttive dell' uomo, in questa idea generale il vizio (che è l' abbandono della legge morale) e il peccato (che è la violazione della legge divina) si confonderebbero col delitto.

§. 24.

dello Stato — Con lo aggiungere questa restrizione ci avviciniamo alla idea *speciale* del delitto, limitandone il concetto alla violazione delle leggi dettate dall' uomo.

§. 25.

promulgata — La legge morale è rivelata all' uomo dalla coscienza. La legge religiosa è rivelata espressamente da Dio. La legge civile deve essere promulgata ai cittadini perchè sia obbligatoria. Pretendere che essi si conformino ad una legge che non fosse loro comunicata, sarebbe ingiusto ed assurdo, quanto pretendere si uniformassero ad una legge non ancora sanzionata (1). La promulgazione della legge penale debitamente fatta una volta, porta seco la presunzione della cognizione di quella nei cittadini. Ma una promulgazione bisogna vi sia, come momento del suo passaggio dall' embrione del pensiero alla vita reale (2).

(1) Vedi Weiss *de vi consuetudinis in Criminalibus*, nei suoi *Opuscula Academica, commentatio* 3, *Lipsiae* 1829.

Digitized by Google

(2) Bene Koenigswarter *dissert. nullum delictum sine praevia lege pag.* 118. La irrogazione di una pena non può essere legittima che come sanzione del precetto; della quale non può lagnarsi chi lo ha volontariamente violato. Se si dichiarasse delitto dal giudice un' azione che la legge non aveva precedentemente vietata, e si irrogassero castighi che una legge non aveva comminato, mancherebbe al giure penale la base della necessaria tutela del diritto: poichè in un decreto e in una punizione inflitta dal giudice per sua autorità, gli uomini non potrebbero trovare certezza che all' identico fatto, ove a danno loro si ripetesse, fosse per applicarsi uguale rigore. Il concetto di un *delitto* senza previa legge repugna adunque non solo alla giustizia, ma anche alla politica. Tolomei *(diritto penale filosofico e positivo* §. 145, *pag.* 108, *Padova* 1866) così definisce il delitto — *la imputabile violazione di quei diritti che non possono essere protetti dalla legge altrimenti che con la minaccia, e con la conseguente effettiva irrogazione di una pena.* In senso filosofico può accettarsi questa definizione. Ma per lo scopo pratico manca nella medesima lo elemento della promulgazione. A me pare che il delitto a legge nata non possa definirsi altrimenti che come io l' ho definito. A legge da nascere si può definire — *la violazione del diritto accompagnata da turbamento sensibile nell' ordine della umana consociazione.* Ma questa definizione descriverà sempre il delitto *naturale* e mai basterà al delitto *civile,* il quale ha bisogno alla essenza sua della legge promulgata.

§. 26.

per proteggere la sicurezza — Ciò porta alla ultima luce la idea *speciale* del delitto; che sta nella violazione di quella legge umana precisamente, la quale è intesa a proteggere la sicurezza pubblica e privata. Non ogni violazione delle leggi della città

Digitized by Google

è un *delitto*. Le leggi che provveggono agli interessi patrimoniali possono essere violate (per esempio, con lo inadempimento di una obbligazione civile) nè per questo la loro inosservanza è un *delitto*. Possono violarsi le leggi che promuovono la *prosperità* dello Stato, e si avrà una *trasgressione*, non un delitto. La idea speciale del delitto sta nell' aggressione alla *sicurezza;* e non può ravvisarsi se non in quei fatti con i quali si ledono le leggi che la tutelano.

§. 27.

dei cittadini — In questa formula si comprende la sicurezza *pubblica* non meno che la *privata:* poichè la sicurezza *pubblica* in tanto si protegge, in quanto è mezzo alla sicurezza *privata*. Appunto per esprimere la idea della *sicurezza pubblica* si dice — *dei cittadini* — e non di un *cittadino*. Perchè il fatto che danneggiasse *un solo* cittadino, senza menomare neppure nella *opinione* la sicurezza degli altri, non potrebbe essere dichiarato *delitto;* come in seguito (§. 118) vedremo. Con ciò si è quanto basta espressa la idea della *tutela generale* che presiede alla legge punitiva, senza bisogno di aggiungere la formula inesatta della *tutela della società*. La tutela della società intanto è necessaria in quanto è necessaria la società civile per proteggere i diritti dei consociati. Il *diritto* nella sua genesi non appartiene che agli *individui:* la società non ha altri *diritti* tranne quelli che in lei nascono dal *dovere* che le incombe di proteggere i *diritti degli individui*. Ogni *diritto* nasce da un *dovere*. Il Governo dunque legittimamente col giure punitivo pro-

Digitized by Google

tegge anche sè medesimo, in quanto la tutela di sè è indispensabile alla tutela dei singoli, i quali, costituito una volta il governo, acquistano tutti e ciascuno il diritto che sia rispettato. Onde chi offende quello offende tutti i cittadini; e dal dovere che incombe allo Stato di tutelare i diritti dei singoli nasce in lui il diritto di tutelare sè stesso.

§. 28.

risultante da un atto esterno — L' esercizio della giustizia è delegato in virtù della legge dell' ordine alla autorità sociale, perchè siano tutelati i diritti dell' uomo mercè una coazione efficace e presente adietta al precetto naturale di rispettarli. Ma i diritti dell' uomo con gli atti interni non possono offendersi: dunque l' autorità sociale non ha il diritto di perseguitare gli atti interni. Alle opinioni ed ai desiderii non può imperare l' autorità umana; ed i pensieri non possono senza abuso dichiararsi delitto, non perchè siano occulti allo sguardo dell' uomo, ma perchè nell' uomo non vi è diritto di chieder conto al suo simile di un atto che a lui non può recare nocumento. La tutela dell' ordine esterno sulla terra spetta all' autorità: la tutela dell' ordine interno non spetta che a Dio. E quando si dice che la legge penale non può colpire il *pensiero,* s' intende sottrarre al suo dominio tutta la serie dei momenti che compongono l' atto interno — pensiero — desiderio — progetto — e determinazione, finchè non è dedotta alla sua esecuzione.

Digitized by Google

§. 29.

dell' uomo — Il *soggetto attivo* primario del delitto non può essere che l' uomo; solo, in tutto il creato, che come fornito di volontà razionale sia ente dirigibile (1).

(1) Sui processi fatti in altri tempi agli animali sono a vedersi le erudite osservazioni di Ortolan *cours de droit pénal pag.* 188, *edit.* 3, *Paris* 1863; e Warée *curiosités judiciaires pag.* 440, *Paris* 1859. Possono vedersi fra i pratici Catalano *tractatus criminales pag.* 265, *n* 143, *Neapoli* 1604; e Chassaneo *consilia cons.* 1, *pars* 5, *n.* 108, *Venetiis* 1581. Vedasi la nota a §. 41.

§. 30.

positivo o negativo — Per la tutela dei diritti dell' uomo può essere necessario che si vietino alcuni atti, e se ne impongono in certe circostanze alcuni altri. La legge che vieta i primi si viola con l' atto positivo contrario: la legge che impone i secondi si viola con l' atto negativo. Dunque possono essere delitto tanto gli atti di commissione, o di *azione;* quanto quelli di omissione (1) o di *inazione.* Ma la *omissione* di uno individuo può congiungersi con la *commissione* di altri individui: e questo rapporto configurare nell' atto *negativo* la infrazione della legge che vieta l' atto *positivo.* In tal caso però non sorge il vero delitto d' inazione, perchè il *vincolo morale* (accordo) che congiunge la inazione di uno con l' azione di un altro come mez-

Digitized by Google

zi convergenti al fine delittuoso, unifica il delitto di ambo i partecipi; e trovandone il titolo nell' atto positivo non fa dell' atto negativo che un elemento di partecipazione. Per avere il delitto di pura *inazione* bisogna supporre l' assenza di un fatto positivo colpevole a cui volontariamente si concorra con l' omettere una qualche cosa. Laonde il delitto di pura *inazione* non può concepirsi se non nei casi in cui altri abbia *diritto esigibile* all' azione omessa, perchè anche i delitti di inazione soggiacciono al principio fondamentale che non può esservi delitto dove non è violato un diritto. Così la madre che non allatti il bambino per condurlo a morte commette un vero delitto d' *inazione,* un vero infanticidio: perchè la creatura ha diritto all' azione dello allattamento. La categoria di questi delitti si allarga grandemente in quelle legislazioni che ammettono il principio della *solidarietà difensiva* dei cittadini.

(1) Winckler *de crimine omissionis, Lipsiae* 1776.

§. 31.

moralmente imputabile — L' uomo soggiace alle leggi criminali per la sua natura morale: dunque nessuno può essere politicamente responsabile di un atto di cui non sia responsabile moralmente. La *imputabilità morale* è il precedente indispensabile della *imputabilità politica.*

Digitized by Google

§. 32.

Il delitto come *fatto* ha origine dalle umane passioni, le quali spingono l' uomo a ledere i diritti del proprio simile malgrado la legge che proibisce di farlo.

§. 33.

Il delitto come *ente giuridico* ha origine nella natura della società civile. L' associazione (che all' uomo è imposta dalla legge eterna come mezzo di conservazione, di progresso intellettuale, di perfezionamento morale, e di protezione del diritto) non sussisterebbe, nè risponderebbe ai *suoi fini,* se ciascuno dei consociati avesse libera ogni sua voglia, anche ingiusta e dannosa ad altrui. Di qui la necessità di proibire certi atti che turberebbero l' ordine esterno, e decretare che qualora si commettano saranno considerati come delitti. Questa *necessità* dicesi *necessità politica.* La *necessità politica* è la formula che esprime il rapporto della legge criminale con la società già esistente. Ma la *necessità politica* guardata nella sua prima causa non è che una necessità *della natura umana.* Se fosse altrimenti, la necessità politica sarebbe una formula empirica che non varrebbe a mostrare la legittimità della proibizione.

§. 34.

Si noti che il *delitto* non è definito un' *azione,* ma una *infrazione.* Dunque la sua nozione non si

Digitized by Google

desume dal *fatto materiale,* nè dal *divieto della legge,* isolatamente guardati; ma dal *conflitto* tra quello e questo.

§. 35.

Dunque la *idea* del delitto non è che una idea di *rapporto:* il rapporto *contradittorio* tra il fatto dell' uomo e la legge. In questo solo consiste l' *ente giuridico* cui si dà il nome di delitto, od altro sinonimo. È un ente giuridico che ha bisogno per esistere di certi elementi *materiali* e di certi elementi *morali;* il complesso dei quali costituisce la sua unità. Ma ciò che completa il suo essere è la contradizione di quei precedenti con la legge giuridica.

§. 36.

Da ciò si rileva essere un equivoco ritenere che l' *oggetto* del delitto sia la *cosa* o l' *uomo* su cui l' azione criminosa si esercita. Il *delitto* si perseguita non come *fatto materiale,* ma come *ente giuridico.* L' *azione materiale* avrà per *oggetto* la *cosa* o l' *uomo:* l' *ente giuridico* non può avere per suo *oggetto* che una *idea,* il *diritto* violato che la *legge* col suo divieto protegge.

§. 37.

L' *azione* guardata come *fatto materiale* si compone di diversi *momenti,* ciascuno dei quali há una relativa *oggettività* distinta, che sta nelle cose od uomini su cui l' *azione* stessa successivamente si svolge nel corso di tali momenti.

Digitized by Google

§. 38.

Guardata nel *risultato* dell' insieme di quei momenti, la sua oggettività (non più materiale ma ideale) varia secondo il diverso *rapporto* sotto il quale si considera tale risultamento.

§. 39.

Così (a modo di esempio) nel furto l' *oggetto* dell' *atto materiale* di prendere la cosa altrui sarà la *cosa* stessa. Ma considerato cotesto fatto nel suo rapporto ideale, fa sorgere diversi *enti ideali,* appunto pel variare della *oggettività.* Il teologo vi scorge un *peccato;* il moralista un *vizio;* il criminalista un *delitto.* Ma i tre enti *ideali* — peccato, vizio, delitto (quantunque tutti ugualmente consistano in uno *stato di contradizione*) — hanno essi l' identico *oggetto?* No. L' *oggetto* del peccato è il precetto *divino;* del vizio il precetto *morale;* del delitto il precetto *civile:* perchè appunto dalla violazione di questi tre distinti precetti, e così dal variato *rapporto* di quell' atto materiale, nascono le tre idee distinte di peccato, di vizio, di delitto. Se fosse altrimenti, unificati nell' oggetto come lo sono nel soggetto, quei tre enti ideali si confonderebbero in uno. Differisce però la obiettività *giuridica,* che è quella onde sorge la essenza del delitto, dalla obiettività *ideologica* che si costituisce dal fine ultimo al quale tendeva lo agente. Spesso queste due obiettività si unificano nei casi concreti; spesso sono divergenti: come verrà spiegato alla materia del conato.

Digitized by Google

§. 40.

L' uomo che delinque è il *soggetto attivo primario* del delitto. Gli strumenti dei quali si serve ne sono un *soggetto attivo secondario*. L' uomo o la cosa su cui cadono gli atti materiali dal colpevole al pravo fine indirizzati, sono il *soggetto passivo* del delitto. Il diritto astratto che si viola è l' unico e vero *oggetto* del delitto.

§. 41.

Soggetto attivo primario del delitto non può essere che l' *uomo*: perchè al delitto è essenziale la genesi da una volontà intelligente, la quale non è che nell' uomo (1). Ed ogni uomo in punto astratto di ragione può essere *soggetto attivo* di delitto; quantunque la sua posizione (2) possa essere di ostacolo alla sua attuale persecuzione.

(1) La tesi che nega ogni responsabilità morale agli animali prevalse nelle scuole filosofiche dopo Cartesio; ma le antiche legislazioni hanno monumenti di molti dettati che riconoscevano la possibilità della colpevolezza anche negli animali e li sottoponevano a pene ed a giudizi criminali: laonde nei tempi di mezzo si ebbero notevoli esempi di regolari procedure e giudizi penali e sentenze contro singoli animali o contro moltitudini di animali che avevano recato danni. È celebre il processo contro i topi di Autun, ai quali fu destinato come difensore officioso il dotto Bartolomeo Chassanée, che sostenne seriamente la difesa con memorie giuridiche, osservandosi tutte le forme. Molti singolari esempi di siffatti procedimenti ha raccolto il Fulvio in un erudito

Digitized by Google

Articolo che leggesi nel *Giornale dei Tribunali di Milano anno 4, n. 203 e seguenti.*

(2) A questa generalità non contradice la pratica per la quale certe persone si sottraggono alla persecuzione penale. Il Principe è inviolabile, e non può essere processato quando anche commetta omicidio, per un riguardo al compatto sociale che si sciorrebbe, ed all' anarchia e disordine in cui tutta la consociazione verrebbe gettata per una tale procedura. Dei delitti degli ambasciatori non si giudica criminalmente coi modi ordinari per un rispetto alle relazioni internazionali ed alla loro rappresentanza (Bonfils *de la competence des tribunaux français à l' égard des étrangers pag.* 354, *Paris* 1865) ma pure quando si dimanda se il Principe e l' ambasciatore delinqua bisogna rispondere affermativamente, perchè un impedimento a punire non vale mai a distruggere la nozione del delitto nè a far cessare la sua esistenza quando ne ricorrono gli estremi. Altro è dire che un uomo non può o non deve punirsi, altro è dire che non commette delitto. La *punibilità effettiva del fatto* nessuno la pone come elemento della definizione del reato. Circa la imputabilità dei Vescovi è un documento storico interessante la rimostranza fatta dal Parlamento di Bordeaux a Luigi XIII l' anno 1616, la quale trovasi riprodotta nella *Revue historique vol.* 13, *pag.* 157. In genere sulla inaccettabilità di un dettato che conceda a priori ad alcuno il *diritto di delinquere* impunemente dissertò Enenchel *de privilegiis juris civilis lib.* 1, *cap.* 6, *n.* 2, *Ratisbonnae* 1720.

§. 42.

Oggetto del delitto non può essere che *un diritto* al quale la *legge* abbia espressamente accordata la sua tutela col divieto e con la sanzione. Così legge protettrice e diritto protetto si compenetrano a formare la *idea*, che sta come oggetto all' *ente giuri-*

Digitized by Google

dico chiamato malefizio, reato, crimine, delitto; non perchè offende l' uomo o la cosa, ma perchè viola la legge. Tuttociò che serve di stromento materiale o attivamente o passivamente alla violazione, è il *soggetto* o attivo o passivo della violazione medesima (1).

(1) Questa nomenclatura, sebbene a taluno dispiaccia, è la unica che serva ai bisogni della scienza, e si presti ad esprimere con esattezza i singoli casi. La medesima si costruì dal Carmignani dopo avere osservato come l' abuso delle parole *obicttività* e *subiettività* fosse stato cagione alle scienze di confusione grandissima; e la si adotta dai criminalisti contemporanei che si pregiano di essere esatti: come, per esempio, da Ortolan.

§. 43.

Rettificate coteste nozioni, e distinta la obiettività materiale dell' *azione* dalla obiettività *ideale* dell' *ente giuridico* risultante dal *rapporto* tra l' azione e la legge, si evita una mano di difficoltà.

§. 44.

Pretendendo trovare l' *oggetto* del *delitto* nella *cosa* su cui cade l' azione, dove si brancola egli quando l' azione consista nell' *uso* di cosa *propria*, come nella fabbricazione di grimaldelli o false monete, nella bestemmia reale?

§. 45.

Pretendendo trovarlo nella *persona* su cui cade l' azione, dove si brancola quando l' azione cade sul

Digitized by Google

condelinquente? Nell' incesto, a modo di esempio, chi fra l' uomo e la donna sarebbe il soggetto; chi l' oggetto di tale delitto? Il delitto risultante dal concorso dei due agenti alla violazione della legge è *uno,* e non può avere dualità alternante di oggetto. E d' altronde se nella *legge* o *diritto* attaccato non trovasi l' *oggetto* dei delitti; questa legge e diritto, nella cui offesa sta la *essenzialità* del malefizio, qual figura vi rappresenterà essa?

§. 46.

Questi imbarazzi si evitano riportando nel *soggetto* del delitto tuttociò che è materiale, e che completa l' *azione* cui osta la legge. Così naturalmente si comprende perchè *dove non è legge promulgata* non possa concepirsi malefizio; ciò è perchè al malefizio mancherebbe l' *oggetto.* E si comprende perchè debba ammettersi la nozione di *delitto* anche là dove il *soggetto passivo* non è *senziente;* e dove, se è senziente, non è *intelligente;* e dove è senziente ed intelligente, ma *consenziente.*

§. 47.

È *non senziente* il cadavere. Eppure nelle offese contro i cadaveri (1) può ravvisarsi delitto, perchè si offende la legge che li tutela, per un riguardo o alle famiglie, o alla religione, o alla morale, o alla salute pubblica. I cadaveri sono *cose.* Ma anche sulle *cose* può cadere delitto quando esistano fra loro ed uomini vivi tali rapporti che generino in questi un diritto; come senza dubbio è un diritto di tutti i

Digitized by Google

cittadini che non infettisi l' aria, o che non si infami *malignamente* (2) la memoria dei loro congiunti benchè questi più non siano tra i vivi.

(1) Qui ponesi il dubbio circa la offesa recata al *corpo stesso* dell' estinto o al suo *nome*. Caso ben distinto dal *guasto di monumenti*, o dal *furto* di gemme o vesti sepolte con l' estinto.

(2) Il requisito della *malignità* nella ingiuria è il criterio che concilia la teoria della imputabilità delle ingiurie ai morti, sostenuta da Dupin, con la libertà della storia, all' ombra della quale Coquille, Fontecte, ed altri, vollero eliminare in senso assoluto la possibile criminalità di quanto dicasi di ingiurioso contro un trapassato. Vedasi Paillart *les franchises de l' historien, Paris* 1866, e i citati al §. 1816 nota.

§. 48.

Sono *non intelligenti* il feto nell' alvo materno, 'infante, il demente, il dormiente. Eppure sono abili a formare soggetto passivo di reato, perchè forniti di diritti che la legge difende, sebbene non si conosca o il diritto da chi lo possede, o la offesa da chi la riceve (1).

(1) Incontrasi qui la questione (svolta da Lucas *système pénal pag.* 5, *Paris*, 1827, e da Tissot *Introduction philosophique à l' étude du droit pénal vol* 1, *pag.* 15, *Paris* 1874) se possano essere *soggetti passivi* di delitto gli animali per quelle crudeltà che contro loro si esercitino da chi ne è proprietario. Ma l' obiettivo giuridico del delitto che voglia trovarsi nelle crudeltà esercitate contro gli animali non bisogna ridurlo alle meschine proporzioni del diritto di *proprietà*. Bisogna dargli un campo più elevato e più vasto, tro-

Digitized by Google

vando il diritto offeso nella *moralità pubblica;* in quanto tali atti di crudeltà esercitati in pubblico sopra animali (o miei o non miei) abituano il popolo ad essere feroce e lo demoralizzano. I due casi delle crudeltà contro bestie fiere e delle crudeltà contro bestie assoggettate al dominio dell' uomo non diversificano nel *fondamento* della imputabilità politica. Diversificano invece nel fondamento delle relative *scuse;* che in quanto agli animali domestici possono trovarsi nei bisogni della loro educazione, e in quanto alle bestie fiere possono trovarsi nei bisogni della *difesa.*

§. 49.

Sono *consenzienti* quelli che all' azione materiale esercitata sovra di loro concorsero con libera volontà, ed anche con atti; come il suicida, e il soldato che si mutila per evadere il servizio (1). Eppure perchè il diritto offeso è inalienabile per parte di chi lo possiede, e la legge lo tutela pel mantenimento dell' ordine, anche a dispetto di lui, il consenso del *soggetto passivo* non distrugge la nozione del reato: sicchè rimane obiettabile nel primo caso al partecipe del suicidio; come nel secondo caso al mutilato ed al mutilatore. Al reato rimane l' *oggetto* nel diritto offeso, benchè si abbia nella istessa persona l' agente ed il paziente; come resta sempre l'oggetto al peccato anche quando non violi i rapporti dell' uomo con le altre creature, perchè si commetta tutto in sè stesso dal peccatore. È così nitido il nostro concetto che non sa comprendersi la tenacità di alcuni a voler dire che la cosa rubata e l' uomo ucciso sono l' *oggetto* del delitto; il quale è un ente *ideale,* come lo sono tutti quelli che consistono in

Digitized by Google

un mero *rapporto*. Usando la contraria locuzione si costruisce l' ente completo (delitto) senza l' intervento della legge; lo che è assurdo.

(1) Questi due casi si reggono da diversi principj. Il caso del soldato che si mutila per non servire trova ragione della sua incriminazione nei *diritti* che hanno gli altri cittadini al suo servizio, e che egli viola mutilandosi: Puttmann *diss. de murcis; in ejus opuscula juris criminalis op.* 2, *Lipsiae* 1789. Il caso del complice di un suicida trova la base della sua incriminazione nella *inalienabilità* del diritto alla vita. Vedasi Pillwitz *diss. de animi ad authochiriam persuasione ejusque poena, cap.* 2, *Lipsiae* 1821 — Baumhauer *diss. de morte voluntaria, Trajecti ad Rhenum* 1843.

§. 50.

I delitti si dividono in *formali* e *materiali*. Quelli si consumano con una semplice *azione* dell' uomo, la quale basta senz' altro a violare la legge; questi per essere consumati hanno bisogno di un dato *evento*, nel quale soltanto si ravvisa la infrazione della legge. Cotesta distinzione richiama l'altra fra *danno potenziale* e *danno effettivo*, di cui diremo in seguito; ed è importante nella teoria del *conato*.

§. 51.

Si dividono ancora i delitti in delitti di *fatto permanente*, e sono quelli che lasciano una traccia dietro di loro; e delitti di *fatto transeunte*, e sono quelli che non lasciano vestigio di sè. E si dividono pure in *flagranti, non flagranti*, e *quasi fla-*

Digitized by Google

granti; secondochè il colpevole viene sorpreso sul fatto, o no: o viene inseguito dal clamor pubblico; l'*huc fugit,* che in Roma faceva luogo alla *quiritatio,* così detta per la formula *adeste quirites.* Queste distinzioni sono utili nella teoria della *procedura* (1) e della *prova.*

(1) Non tengo alcun conto della troppo celebre distinzione fra *misfatti* (ossia *crimini*) e *delitti,* perchè questa superfetazione che anche in pratica genera più confusione che benefizio, non può trovare, a parer mio, un *criterio positivo* scientifico che valga a tracciarne le linee. Il desiderio che i reati potessero distinguersi in due classi secondo che sono più o meno odiosi ed abominati nella pubblica opinione, è in sè lodevole e buono; ed occupò spesso la mente degli scrittori sotto la formula di delitti *lievi* e delitti *atroci,* che nella *sostanza* niente differiva dalla odierna formula Francese di *misfatti* e *delitti* (Apel *De discrimine inter delicta atrocia et levia rite statuendo, Lipsiæ* 1791; in Martini *collect. dissert.* 8 — Brotze *De praecipuo criminum vel delictorum discrimine, Vitebergae* 1787; in Martini *collect. dissert.* 7 — Marckart *Probabilia receptarum lectionum juris civilis lib.* 1, *pag.* 36; *et lib.* 2, *pag.* 94, *Trajecti ad Rhenum* 1737) ma la difficoltà consiste nel trovare un criterio netto che costantemente risponda a questo effato della coscienza universale; ed io la credo meglio una vera *impossibilità* che non una semplice difficoltà: ed a tal fine non serve davvero il criterio accidentale della *pena.* Vedasi la nota al §. 1080.

§. 52.

Si distinguono ancora in *comuni* e *proprii;* secondo che possono commettersi da qualunque uomo, o soltanto da chi è collocato in una certa condizio-

Digitized by Google

ne: *l. 16, ff. de re militari.* Vogliono pure in certi casi essere divisi in *semplici* (o *individui*) quando la indole criminosa nasce da una sola azione; e *collettivi,* quando la criminosità non ne sorge se non al seguito di azioni ripetute che costituiscano l' *abitualità,* come è la *usura* secondo alcune legislazioni. Queste due distinzioni sono puramente *nozionali.* Nella teoria della *complicità* e della *continuazione* è importante la divisione dei delitti in *istantanei* e *successivi,* come è il *sequestro di persone.* E finalmente per lo studio della *quantità* dei delitti giova distinguerli in *semplici* e *complessi.* Nel qual contrapposto si dicono *semplici* quelli che ledono *un solo* diritto: e *complessi* (1) quelli che violano più di un diritto, o per mera concomitanza (come se un' arma esplosa contro uno ferisce anche altri) o per connessione di mezzo a fine, in quanto un delitto siasi commesso per agevolare la esecuzione di altro delitto. Il delitto *complesso* non deve però confondersi col delitto *simultaneo,* il quale suppone diversità di *fini* e di *atti* (§. 168) quantunque contemporanei. Vedasi la nota al §. 2522, e il §. 2523 (2).

(1) Diversa è la nozione che al delitto complesso volle applicare Brun de Villeret (*traité de la prescription en matière criminelle pag.* 139, *Paris* 1863) insegnando doversi dire delitto complesso quello che ha bisogno di una serie prolungata di atti onde essere consumato. Ma non credo nè accettabile nè utile questo concetto, e mi attengo alla più comune dottrina. Il bisogno di una serie prolungata di atti è in molti reati una accidentalità della *forma* prescelta dal colpevole, la quale ordinariamente non influisce nè sul

Digitized by Google

titolo nè sulla quantità del delitto. La complessità è un concetto *oggettivo* e non *soggettivo*.

(2) Quanto alla distinzione fra delitti di azione pubblica e di azione privata, vedasi ciò che dico ai §§. 547, 548 e 549.

CAPITOLO III.

Delle forze del delitto.

§. 53.

Abbiamo veduto che il delitto non è un semplice *fatto*. È un *ente giuridico* alla essenza del quale, che tutta sta in un *rapporto*, occorre il concorso di quelli elementi dai quali risultando l'*urto* del fatto con la legge civile se ne costituisca la *criminosità* dell'azione. Questi noi designamo col nome di *forze (vis)* del (1) *delitto*. La teorica delle *forze* è cardinale nella nostra scuola. Essa serve a distinguere i fatti che possono dichiararsi *delitti* da quelli che non lo possono senza tirannide. Essa è la luce che guida, senza fallire mai, nella giusta misura e distribuzione della imputazione dei singoli fatti. Mercè la teorica delle *forze* (come vedremo esponendo la dottrina del grado nel delitto) si riduce ad infimo valore la empirica dottrina delle circostanze attenuanti; la quale togliendo la giustizia penale dalla signoria dei principii scientifici, la consegna allo arbitrio dei giudicanti convertiti in legislatori. Noi non ammettiamo imputabilità politica di un'azione dove non incontriamo il concorso di tutte le forze costituenti il delitto: noi non ammettiamo aumento o decremento d'imputazione tranne

Digitized by Google

dove troviamo un meno od un più di quelle *forze* nella speciale azione che devesi giudicare. Tutta la economia della dottrina penale nello studio del delitto si aggira su questo cardine, stabilito il quale la dottrina stessa si svolge per una serie costante di deduzioni logiche indipendenti sempre dallo umano arbitrio. Quando s' imputa un fatto, quando s' imputa meno, o quando s' imputa più, sempre si procede per una stretta obbedienza alla condizione speciale delle forze delittuose, le quali esigono che s' imputi, o che s' imputi meno, o che s' imputi più: indipendentemente da ogni impulso di *ascetismo* religioso o morale, e indipendentemente da ogni considerazione di *utilità*.

(1) I latini derivarono *vita* da *vis*, poichè ciò che ad ogni essere dà la potenza di raggiungere le condizioni della sua specialità sono veramente le *forze (vis)* delle quali è fornito. Ciò che dà al pianeta lo esser suo e la sua vita è la *vis* di projezione e di rotazione. Ciò che dà alla pianta lo speciale esser suo è la *vis* di spingere le sue radici nel suolo, e trarne il proprio nutrimento; è la *vis* di assimilarsi quel nutrimento; è la *vis* di convertirlo in fronde, fiori, frutti e deliziosi profumi: e così di ogni ente. Per notomizzare il delitto e conoscerne le potenze che lo costituiscono tale qual' è, bisogna dunque decomporlo nelle sue *forze*. E quantunque la parola *forza* nell' idioma italiano non riproduca il concetto etimologico della *vis* dei latini, pure ne esprime esattamente il concetto ontologico. Sembrò a qualche francese troppo oscura ed astratta questa parola, a noi somministrata dal Carmignani, perchè non bene ne osservarono la genesi ed il concetto a causa della diversità del linguaggio; a loro parve sufficiente la parola *elementi*, e la credettero più chiara, ma la parola *elementi* è incompleta. Gli *elementi* di un

Digitized by Google

essere sono ciò che ne costituisce il *soggetto*, ma non esprimono ciò che lo completa mercè il raggiungimento del proprio *oggetto*. *Elemento* di me sono le sostanze che compongono il mio corpo e le potenze psicologiche che costituiscono la mia intelligenza e la mia volontà. Ma lo atto della mano che verga queste linee, e lo atto del pensiero che alle medesime consegna queste idee, non sono elementi di me; sono veramente la estrinsecazione di due forze con le quali si completa il concetto dell' uomo che scrive e dell' uomo che pensa. La volontà determinata ad uccidere e la mano che vibra il colpo micidiale potranno dirsi *elementi* del delitto di omicidio: ma l' uomo ucciso, e lo spavento che da ciò nasce nei consociati, non sono propriamente *elementi;* sono due forze nelle quali si estrinseca il delitto e con le quali si completa raggiungendo la propria oggettività. Non è delitto un fatto se ai due elementi (o forze soggettive) dello atto interno e dello atto esterno non si accompagna il risultamento fisico che lo rende dannoso o pericoloso, ed il risultamento *morale* che lo rende pauroso alla società e per conseguenza il resultamento *giuridico* della aggressione al diritto. Non per mero ossequio al nostro maestro, ma per intimo convincimento di maggiore esattezza, noi manteniamo dunque la formula *forza del delitto*, per decomporlo e studiarlo nelle potenze che ne sono i costituenti indispensabili.

§. 54.

Poichè il delitto consiste nell' urto tra un fatto umano ed un diritto, così nel medesimo è necessario trovare il concorso di due forze. Queste due forze che ne costituiscono la essenza politica sono ambedue indispensabili perchè un fatto dell' uomo possa a lui rimproverarsi come delitto. Forza *morale;* forza *fisica*. Le due forze che la natura ha dato all' uomo, e lo insieme delle quali costituisce la sua

Digitized by Google

personalità, devono concorrere in un fatto perchè sia *atto umano* e possa dirsi delitto.

§. 55.

Ambedue queste forze debbono guardarsi o nella loro *causa,* ossia *soggettivamente;* o nel loro *risultato,* ossia *oggettivamente.*

§. 56.

La forza *morale soggettiva* del delitto consiste nella *volontà intelligente* dell' uomo che agì. Perciò dicesi forza *interna,* forza *attiva.* Il suo *risultamento morale* (o la forza morale del delitto guardata *oggettivamente*) è la intimidazione e il malo esempio che il delitto cagiona nei cittadini, ossia il *danno morale* del delitto.

§. 57.

La forza *fisica soggettiva* del delitto si rappresenta dal *moto* del *corpo* con cui l' agente eseguisce il pravo disegno. Perciò dicesi forza *esterna;* e, rimpetto alla forza derivante dall' animo, forza *passiva.* Il suo *risultato* (ossia la forza fisica del delitto guardata *oggettivamente*) è la offesa del diritto attaccato; o, come alcuni dicono (vedi nota a §. 102) il *danno materiale* del delitto.

§. 58.

Dalla forza interna sorge nel delitto l' *elemento morale:* dalla esterna l' elemento *materiale,* o la

Digitized by Google

sua *essenza di fatto:* dalla interna congiunta alla esterna l' *elemento politico.* Se l' azione dell' uomo non presenta congiuntamente e la indole morale e la indole politica, non può l' autorità perseguitarla come delitto.

Articolo I.

Della forza morale soggettiva *del delitto.*

§. 59.

La *forza morale* del delitto cercata nella propria *causa* (ossia la sua forza morale *soggettiva*) è ciò che costituisce la *moralità* dell' *azione.* Questa non si ottiene se non pel concorso di quattro requisiti che abbiano accompagnato la operazione interna, al seguito della quale l' uomo procedette alla operazione esterna. Tali condizioni sono — 1.° *cognizione della legge* (1) — 2.° *previsione degli effetti* — 3.° *libertà di eleggere* — 4.° *volontà di agire.*

(1) Cioè della legge in genere che vieta l' atto; non delle speciali determinazioni repressive, come bene avverte Carmignani.

§. 60.

I primi due requisiti per la legge umana basta talvolta che esistano *potenzialmente:* gli ultimi due devono sempre esistere anche *attualmente* (1).

(1) Intorno alle dottrine ultimamente prevalse in Germania sulle diverse forme della forza morale soggettiva del delitto

Digitized by Google

è a consultarsi Buri (Procuratore Generale a Darmstadt) *sulla Causalità e la imputazione della medesima, Lipsia* 1873.

§. 61.

I primi due requisiti si riassumono nella formula *concorso di intelletto:* infatti tra gli effetti previsti o prevedibili dallo agente come conseguenza della propria azione, rientra anche quello della violazione della legge.

§. 62.

Gli ultimi due si riassumono nella formula *concorso di volontà:* perchè la libertà è un attributo indispensabile della volontà: cosicchè questa non può esistere senza di quella, nel modo stesso che non può essere materia senza gravità.

§. 63.

Dal concorso dell'*intelletto* e della *volontà* sorge la *intenzione.* La quale si definisce in genere — *uno sforzo della volontà verso un certo fine* — e in specie — *uno sforzo della volontà verso il delitto.*

§. 64.

La intenzione può essere *perfetta,* e *imperfetta.* È *perfetta* quando lo intelletto e la volontà sono nella loro *attuale pienezza.* È *imperfetta* quando una causa qualunque diminuisce (sia in abito, sia anche soltanto in atto) o la potenza intellettiva, o la spontaneità volitiva dell'agente.

Digitized by Google

§. 65.

Se l' intelletto, o la volontà, od ambedue, mancarono del tutto all' agente, non vi è intenzione, e non vi è per conseguenza imputabilità. Se o l' uno o l' altra, od ambedue furono soltanto minorati, vi resta una intenzione, ma *imperfetta:* vi resta imputabilità, ma minorata.

§. 66.

La intenzione distinguesi ancora in *diretta*, e *indiretta*. Il criterio di questa distinzione per gli usi della scienza non vuol essere tanto desunto dai *mezzi*, quanto dallo *stato dell' animo*. È *diretta* la intenzione quando l' effetto reo si *previde* dall' agente e si *volle* calcolandolo come conseguenza dei propri atti, i quali si eseguirono precisamente al fine di procacciare in un modo più o meno certo cotesta conseguenza. È *indiretta* quando l' effetto era soltanto una conseguenza *possibile* dei propri atti, o niente *preveduta*, o *preveduta* senza *volerla*. Se questo effetto si *previde*, e malgrado tale previsione si vollero i mezzi, sebbene non si *volesse* precisamente l' effetto, la intenzione indiretta dicesi *positiva;* perchè se la volontà era in stato indifferente, fu però in stato *positivo* l' intelletto. Se poi l' effetto possibile non solo non si *volle*, ma neppure si *previde*, la intenzione indiretta dicesi *negativa:* perchè fu in stato *negativo* così l' intelletto come la volontà (1).

Digitized by Google

(1) Vedasi la mia *lezione sul dolo*, e l' Haus *cours de droit criminel, Gand* 1861, *pag.* 79.

§. 67.

Che se l' agente *previde* e *volle* il fine; ma si servì di mezzi il risultato dei quali era meramente *possibile*, calcolando ne conseguisse l' effetto che realmente ne conseguì, la *intenzione* non è *indiretta*, ma veramente *diretta*. Indiretti sono i *mezzi*, non la *intenzione;* e male si confonde dal Desimoni la indirezione degli uni con la indirezione dell' altra. Questo errore nacque dal confondere il rapporto *ontologico* col rapporto *ideologico del mezzo al fine*, dimenticando che i diversi caratteri della intenzione dipendono unicamente dallo stato interno dell' animo: dal che ne avvenne che si cercò nella forza *fisica* ciò che doveva cercarsi nella forza *morale* (1).

(1) Tanto agisce con intenzione *diretta* quel marito che per avvelenare la moglie porge a lei direttamente il veleno, quanto agisce con intenzione *diretta* allo avvelenamento (sebbene usi *mezzi indiretti*) quel marito che a tal fine pone in casa miste a veleno vivande delle quali sa essere ghiotta la moglie, nella speranza che essa se ne cibi e muoja. In questa ed altre simili configurazioni la intenzione è sempre *diretta*, perchè i mezzi scelti, benchè abbiano la possibilità di non riuscire, sonosi eseguiti allo apposito fine di produrre l' evento criminoso.

Digitized by Google

§. 68.

La intenzione diretta e (nei congrui termini) la indiretta positiva fanno sorgere il *dolo*. La intenzione indiretta negativa fa sorgere la *colpa* o il *caso*, secondo il criterio della prevedibilità.

§. 69.

Il *dolo* si definisce — *la intenzione più o meno perfetta di fare un atto che si conosce contrario alla legge*. È chiaro che questa definizione non pone l' *animus nocendi* come criterio essenziale e costante del dolo. Si disputò intorno a ciò: ma coloro che richiesero l' *animus nocendi* come perpetua condizione del dolo non videro qual fosse la vera oggettività giuridica del delitto, e scambiarono il danno *particolare* col danno *universale*. Nei delitti diretti contro l' individuo l' animo di nuocere (ossia di ledere il diritto) potrà essere una necessità per ritenere il dolo. Ma nei delitti che direttamente offendono la società l' animo di nuocere all' individuo può essere spesso indifferente, perchè la determinazione di violare la legge compenetra in sè stessa la idea del nocumento sociale. In una parola la mancanza dell' *animus nocendi* allora soltanto può escludere il dolo quando si converta nella ragionata opinione di *non violare la legge* (1). Più esattamente deve distinguersi l' *animo* di nuocere dalla *intenzione* di nuocere, come si spiega a §. 3669. Il primo sta nella *previsione* del nocumento, il secondo nella *volontà* diretta a procurarlo. La seconda non sarà

Digitized by Google

sempre essenziale a costituire il dolo: lo è sempre indispensabilmente la prima.

(1) Errò Carmignani quando, seguendo le orme di Isaia Puffendorf *(in tract. de culpa, Lengoviae* 1741) pose come condizione del *dolo* (che è un atto tutto *interno*) l'azione esteriore; e confuse la nozione del *delitto* con quella del *dolo*. Sta benissimo che il dolo, come condizione tutta interna, non possa mai affermarsi da un uomo nell'altro uomo se non ebbe una manifestazione esteriore: sta pur bene che non dovendo confondersi la nuda *cogitatio* con la *determinazione* della volontà, il dolo che è soltanto in questa non divenga punibile (ossia non divenga delitto) finchè non ha dato impulso ad atti esteriori. Ma quando si studia il dolo non si cerca nè il momento in cui possa conoscersi, nè il momento in cui possa punirsi: si cerca *cosa sia*. Errò eziandio Carmignani quando pose il dolo nella intenzione di *violare* la legge. Ma errano del pari coloro che nel *dolo* ravvisano un mero atto di *coscienza*. Questo errore si dimostra lucidamente cercando quale fra le diverse facoltà dell'anima sia quella che nell'uomo può essere colpita di imputabilità. Tre sono le facoltà psicologiche dell'uomo — 1.ª *sensibilità* — 2.ª *intelligenza* — 3.ª *attività* — 1.° Dalla *sensibilità* nascono i *sentimenti* di piacere o di dolore; e di qui gli *appetiti*, che quando esercitano forte pressione sull'anima divengono *passioni*. La *sensibilità* è l'agente provocatore delle nostre azioni e delle nostre inazioni; e svolgesi nei tre fenomeni, ~~sanzione~~, sentimento, e passione. Ma la sensibilità non essendo nè illuminata nè libera, non può entrare negli elementi della imputabilità. — 2.° La *intelligenza* si svolge nei tre fenomeni della *percezione*, della *reminiscenza*, e del *giudizio*, che è atto di pura ragione. Ma anche qui non può trovarsi la base della imputabilità; perchè il non percepire, il non ricordare, e lo errare nel ragionamento non sempre sono

Sensazione

Digitized by Google

imputabili all' uomo. — 3.° L' *attività* è la facoltà di determinarsi ad una azione, o ad una inazione. Sua condizione essenziale è la *libertà*. La volontà come *potenza di volere* è un identico con la libertà. La volontà come *fatto di aver voluto* non è più una potenza, ma l' esercizio della potenza. Ora quando un' azione si imputa all' uomo, gli si imputa perchè si determinò alla medesima esercitando la sua *attività psicologica*. Dunque la imputabilità cade sull' attività, e non sulla sensibilità o sulla intelligenza. Dunque il *dolo* deve definirsi come un *atto della volontà:* deve trovarsi nella *intenzione*.

§. 70.

Il dolo distinguesi in due *specie: dolo determinato* (ed è quello che si costituisce dalla intenzione *diretta*) dolo *indeterminato* (ed è quello che si ravvisa nella intenzione indiretta *positiva*) che ad alcuni piacque chiamare intenzione *alternativa* (1). Il dolo *indeterminato* presuppone una intenzione malvagia che sia *diretta* al *fine* di ledere un *diritto* altrui, e accompagnata dalla previsione di poter ledere anche un diritto più importante, e così recare un danno maggiore, ma senza volontà positiva di ledere anche questo ulteriore diritto. Se avviene questa ulteriore lesione, il dolo è determinato rispetto alla prima e indeterminato rispetto alla seconda. Ma se ciò che *direttamente* si voleva era cosa innocente, e il consecutivo nocevole si *sperò di poterlo evitare,* ove questo avvenga vi è mera *colpa* rispetto al medesimo: perchè lo avere *preveduto che una cosa non debba avvenire* equivale al *non averla preveduta;* e non già allo averla *preveduta come possibile.* Fra i due concetti vi è aperta

Digitized by Google

contradizione: e perciò noi non possiamo accettare (e neppure concepire) la formula novellamente introdotta di *colpa con previsione,* la quale o è un bisticcio senza senso, o se vuol darlesi un senso bisogna darle quello di *previsione che la cosa non sia:* ed allora il concetto diviene contradittorio, per la semplicissima ragione che se io prevedo *che dimani non pioverà* è positivo che io *non prevedo che pioverà.*

(1) Dissertarono specialmente sul dolo: Bichon *de dolo in delictis* — Audent *de voluntate in criminibus, Leodii* 1823 — Robert *de voluntate deficiente in delictis, Leodii* 1830 — Vaillant *de libera voluntate ad delictum contrahendum necessaria, Amstelodami* 1837 — Schaffrath *doli descriptio, Misenae* 1837 — D' Anethan *de meditato delicto, Lovdnii* 1824 — Mittermaier *dell' idea e dei caratteri del dolo malo* (negli *scritti germanici* del Mori *vol.* 1, *pag.* 31) — Wening *della presunzione del dolo malo* (nei citati *scritti tom.* 1, *pag.* 45) — Mittermaier *del dolo generale* (*scritti germ. tom.* 3, *pag.* 1).

§. 71.

Queste due specie costituiscono due diversi gradi del dolo, considerata la sua gravità sotto il rapporto della *certezza* nella *determinazione.*

§. 72.

Sotto il rapporto della sua intrinseca *forza,* cioè della maggiore o minore *energia* della *determinazione,* il dolo distinguesi in quattro gradi, secondo

Digitized by Google

il combinato criterio di *durata* e di *spontaneità* nella determinazione criminosa (1).

(1) Acutamente l'Einsenhart (*de criminis sociis* §. 4, *Hulae* 1771) definì il criterio del *grado* nel dolo con la formula — che tanto più grave è il dolo quanto più era *vincibile* l'impulso malvagio. Tale osservazione non è che lo svolgimento della sentenza di Wolfio (*philosophia practica* §. 696 *et seqq.*) che la irrettitudine del dolo sta nella vincibilità della volontà, e la irrettitudine della colpa nella vincibilità dello intelletto. E poichè i criterii misuratori hanno sempre la loro genesi nei criterii essenziali, questa formula coincide con la nostra graduazione; perchè la *vincibilità* dell'impulso sta in ragione diretta del tempo concesso alla riflessione, e in ragione inversa della *energia* della passione. L'uomo è responsabile della sua determinazione, perchè Dio armò del presidio della ragione la sua attività psicologica. Ma la ragione ha nella propria essenza la condizione di essere *tarda* e *fredda*. Quando pertanto ricorre la mancanza di *calma* e di *intervallo*, si può sempre delinquere, perchè vi è una *volontà*. Ma è una volontà *meno armata*. Dunque il dolo in questi casi ha una intensità minore, e il delitto presenta una forza morale soggettiva minore: alla quale minor forza soggettiva corrisponde, come effetto a causa, una minore forza morale oggettiva. Male dunque e senza ragione sufficiente in alcune scuole si respinge qualunque gradazione di dolo.

§. 73.

Il primo grado, che è il sommo, si ha nella *premeditazione;* nella quale concorre la freddezza del calcolo e la perseveranza nel malvagio volere mercè l'intervallo passato tra il determinare e l'agire.

Digitized by Google

Tali essendo i due criterii costitutivi della *premeditazione* (ossia *dolo di proposito*) cioè *perseveranza* e *freddezza*, è intuitivo che la premeditazione nel suo punto di vista psicologico è affatto indipendente dalle fasi dello *intelletto* potenzialmente guardate. Laonde, come si può agire senza dolo di proposito da chi per gli anni e per lo stato della sua sanità trovasi fornito della più completa intelligenza in abito e in atto, così può agire con dolo di proposito e premeditatamente colui che per l' età giovanile o per un semiebetismo non era fornito di completa intelligenza. Questa verità è così evidente che desta meraviglia come abbia potuto taluno immaginare che la *premeditazione* riconosciuta nel giudicabile escluda ogni possibilità di uno stato debole od innormale nella sua intelligenza. Eppure anche questo grossolano equivoco si volle sostenere (1) da chi non seppe distinguere le fasi della volontà dalle fasi dello intelletto.

(1) Ecco come si estrinsecò nella pratica con danno della giustizia questo fatale errore. Per un accusato di omicidio si deduceva dalla difesa — 1.° che non vi era premeditazione — 2.° che quando pure vi fosse stata il giudicabile era affetto da un semiebetismo, o da ubriachezza, o (in una parola) da condizioni anormali che rendevano meno piene le sue facoltà intellettive; e così gli davano diritto alla scusa prevista dall' art. 64 del codice penale Toscano, o 95 del codice Sardo. Ebbene, certi Presidenti si negarono ripetutamente a porre la duplice questione ai Giurati. Quando i Giurati (essi dissero) abbiano affermato il concorso della premeditazione essi hanno per implicita necessità escluso qualunque minorazione nelle forze intellettive dello accusato: sarebbe dunque contraddittorio dimandare ai Giurati se il giudicabile versava in uno stato

Digitized by Google

di meno piena intelligenza dopochè abbiano affermato il concorso della premeditazione. Questo era un sofisma palpabile, il quale consisteva nel confondere ciò che pertiene alla umana *volontà* con ciò che pertiene alla umana *intelligenza;* e supporre a dispetto della natura nostra che un giovinetto od un semidiota non possano freddamente volere e *perseverare* in tale volere per qualche spazio di tempo. Da ciò nacquero condanne esorbitanti ed inique: ma quante volte le medesime furono denunziate alle Corti regolatrici altrettante volte fu dalla superiore sapienza di queste emendato l' errore, cassando il verdetto per la negata posizione della questione scusante. Ciò fece la Corte di Cassazione di Firenze sul ricorso *Taddei* contro un verdetto Pisano, il 24 febbrajo 1869. Ciò fece la Cassazione di Torino col decreto del 18 febbrajo 1875 (*Giornale dei Tribunali di Milano anno 4, n.* 65): ciò fecero altre Corti supreme del Regno; che salvo rare eccezioni hanno insegnato potersi congiungere insieme nello stesso delinquente e nello stesso delitto la *premeditazione,* e la *perturbazione di mente.* Conforme fu il decreto della Cassazione di Firenze del 26 ottobre 1871 ricorrente *Paladini:* e il decreto 15 maggio 1872 ricorrente *Gavini:* e il decreto 15 febbrajo 1872 ricorrente *Pecchi.* Conforme il decreto della Cassazione di Torino 21 febbrajo 1872 ricorrente *Simoncini,* e quello della stessa Corte del 16 gennajo 1871 ricorrente *Ciangottini.* E ultimamente la stessa Corte di Torino nel decreto 7 gennajo 1874, ricorrente *Rabbuini,* estensore Buniva. Qualche scrittore tentò insorgere contro questa colossale giurisprudenza; ma non si mise in urto soltanto con la giurisprudenza; si mise in urto con le più notabili nozioni psicologiche, poichè nessuno, finchè l' uomo non rinasca con diversa natura, potrà mai dimostrare che la *pienezza dello intelletto* abbia per contenuto necessario la *pienezza della volontà;* nè viceversa che la *pienezza della volontà* abbia per necessario contenuto la *pienezza dello intelletto.* Tralascio le questioni sui diritti costituiti, i quali non mutano di un atomo le verità scientifiche. E che dunque

Digitized by Google

un ragazzo di 13 anni non può *premeditare* un delitto? Chi mai sosterrà sul serio cotesta tesi? E se lo può un ragazzo di 13 anni, non lo potrà un sordomuto; non lo potrà un uomo di 30 anni che per il suo cretinismo sia parificabile nel rapporto della intelligenza ad un fanciullo di 13 anni? E se il cretino può premeditare, è logica necessità che la premeditazione non escluda la possibilità del cretinismo.

§. 74.

Il secondo grado si ha nella semplice *deliberazione;* nella quale ricorre la perseveranza del malvagio volere, non la freddezza dell' animo.

§. 75.

Il terzo grado si ha nella *improvvisa risoluzione* tosto susseguita dall' atto esterno senza notevole intervallo; nella quale ricorre la freddezza dell' animo ma non la perseveranza nel reo proposito.

§. 76.

Il quarto grado si ha nel predominio ed urto istantaneo di *cieca passione;* ove non ricorre nè la calma dello spirito, nè l' intervallo fra la determinazione e l' azione (1).

(1) Si ha pure nella esilarazione della mente per bevande spiritose: D' Anethan *de meditato delicto pag.* 42. Bisogna però avvertire che la ebrietà o la passione non sono il dolo degradato, ma la causa per cui il dolo si degrada. Avvegnachè i gradi del dolo dipendano da altrettante fasi della vo-

Digitized by Google

lontà, mentre la ubriachezza se d' ordinario agisce sulla volontà per minorazione del libero arbitrio (§. 333 e 334) e perciò si considera come una degradante della volontà, ha spesso ancora un' azione sullo intelletto.

§. 77.

I primi due gradi si riuniscono nel linguaggio pratico sotto la formula *dolo di proposito:* gli ultimi due sotto la formula *dolo d' impeto.* Ma nell' applicazione del grado della respettiva imputazione è necessario suddividere, come sopra, ciascuna di queste due formule; onde alla diversità di condizioni ontologiche e morali, che è propria di ciascun grado, risponda una diversità nelle condizioni giuridiche. Il dolo di *proposito* si costituisce dei due elementi *intervallo* e *risoluzione.* L' *intervallo* fra la determinazione e l' azione non può essere di brevi momenti: nulla vi è per altro di stabilito circa la sua *durata,* e più che dal tempo si deve desumere dagli *atti estranei* interceduti (§. 1121 e segg.). Quando l' intervallo sarà breve, il delitto potrà essere *predisposto,* ma non mai *premeditato.* La *risoluzione* non deve confondersi col *desiderio* e con la passione (per esempio l' odio) che fu *causa* della risoluzione: nè deve scambiarsi con una idea tuttora incerta che agiti l' anima (1). Deve rappresentarsi dal futuro dell' indicativo.

(1) Ottimamente svolge questa nozione Nicolini *questioni di diritto, pag.* 575, *Livorno* 1824.

Digitized by Google

§. 78.

Quando l' uomo che diede opera ad un fatto di cui fu conseguente la offesa alla legge, non *volle* nè *previde* quella conseguenza, ma previde e volle soltanto l' antecedente, non si ha più dolo rispetto al conseguente. Se il conseguente non previsto nè voluto era *prevedibile,* si ha la *colpa* (1): se non era neppure *prevedibile* dallo agente, si ha il *caso.*

(1) Trattarono specialmente della colpa Puffendorf *de culpa* — Elvers *de culpa, Gottingae* 1822 — Gaertner *finium culpae in jure criminali, Berolini* 1836 — Wehrn *doctrina juris de culpa et dolo, Lipsiae* 1795 — Kleinschrod *essenza e punizione dei delitti colposi* (negli *Scritti Germanici* raccolti dal Mori *tom.* 1, *pag.* 81) — Winssinger *de differentia inter delicta dolosa et culposa, Bruxelles* 1824: al quale (a *pag.* 68) parve dover distinguere eziandio la colpa in *colpa di proposito* e *colpa d' impeto,* confondendo però lo *improvviso* con l' *impeto.*

§. 79.

È osservabile che per indurre la responsabilità di un delitto consumato nell' agente che ne fu causa, non è necessario che il dolo di quello sia contemporaneo o concomitante al momento in cui avviene la consumazione. In molte forme criminose l' atto che costituisce la criminosità dello agente è distante di lungo intervallo dal momento in cui si consuma il delitto mediante quel fatto ulteriore in cui sta lo evento voluto e violatore del diritto, che però si ese-

Digitized by Google

guisce immediatamente da altra mano. Taluno deliberò di uccidere con veleno il suo nemico abitante in città lontana, ed a lui mandò paste micidiali. Con lo invio delle paste il delitto non è anche consumato: esso si consumerà forse fra sei giorni quando giunte le paste al loro destino la vittima incauta se ne ciberà e incontrerà la morte. Di tal morte è responsabile chi fece lo invio micidiale, e ne è responsabile per il *fatto* dello invio e per il *dolo* che in lui fu nel giorno dello invio. Ma pongasi che alla dimane colui sia sorpreso da una febbre nervosa, cada in delirio, divenga assolutamente irresponsabile, e in tale stato si trovi nel giorno in cui la sua vittima incontra la morte; ma poscia risani. Potrà egli scolparsi del veneficio col dire che nel giorno e nell' ora in cui avvenne il momento consumativo del reato egli non era *capace di dolo?* No certamente; perchè la sua responsabilità nasce dal fatto causativo dello evento, quantunque questo sia lontano da quello, e fra l' uno e l' altro debba intercedere uno spazio di tempo o di luogo, e l' opera di altre mani; ed a tenerlo responsabile basta che egli fosse in dolo nel momento in cui agì, e che il suo agire rimanga *causa* dell' avvenuta lesione del diritto. Ecco in che senso vale la regola (1) che non sempre è necessaria la perseveranza del dolo e la sua *contemporaneità* al momento della consumazione obiettiva del delitto.

(1) Questo fenomeno si verifica in altre moltissime ipotesi, ed in molte specie di delitti. Si verifica tutte le volte che l' atto consumativo non si deve eseguire dal giudicabile, ma dalla stessa vittima: e quando si deve eseguire per mano

Digitized by Google

di terzi innocenti, come nella divulgazione di un libello famoso: e quando si deve eseguire da un correo, come l' omicidio ordinato al sicario. In tutte tali ipotesi può accadere che nel momento in cui il delitto voluto si consuma, chi lo volle e lo preparò o lo ordinò o ne fu comunque causa efficiente, non sia *capace* di dolo, oppure dimostri di non essere più in dolo perchè pentito: ma ciò non altera la sua responsabilità, la quale nasce dal dolo che esisteva nell' atto *causativo*, quantunque più non esistesse al momento dell' atto *consumativo*. Identica regola procede anche nei fatti colposi, nei quali la imprudenza abbia preceduto di lungo intervallo l' ora in cui si verificò lo evento nocivo al diritto. Fui imprudente quando lasciai veleno all' aperto in luogo praticato da altri; e se difatto altri, capitato colà, incautamente ingoiò quel veleno e perì, io potrò essere responsabile di quella morte: e lo sarò ancorchè a questo ultimo momento io fossi dormiente, ebro, o pazzo; oppure fossi divenuto prudente, ed avessi spedito appositamente un servo a toglier via quel veleno, ma tardi arrivato.

§. 80.

La *colpa* si definisce — *la volontaria omissione di diligenza nel calcolare le conseguenze possibili e prevedibili del proprio fatto* (1).

(1) Disputarono i moderni giuristi se verificatosi un fatto contrario alla legge dovesse presumersi piuttosto commesso per *dolo*, o piuttosto per colpa. Sembra che la prima opinione piacesse a Grollman e Feuerbach; e la seconda si propugnasse da Oersted e Bauer. Io non credo che debba *presumersi* mai nè dolo nè colpa; ma o l' una o l' altra debbano sempre per chiari segni dimostrarsi da chi relativamente l' afferma. Certamente, supposto il dubbio fra il dolo e la colpa, dovrà ritenersi questa piuttostochè quello, per il sommo principio che ogni perplessità deve

Digitized by Google

sempre risolversi a favore dello accusato. A chi non piacesse la data definizione ne proporrei un altra — *La colpa è la mancanza di coscienza della reità degli atti nostri, derivante da nostra negligenza:* oppure — *La colpa è la volontà di fare un atto che è contrario alla legge senza avere coscienza di questa contrarietà, la quale peraltro si sarebbe potuta acquistare usando diligenza maggiore nel riflettere sui rapporti della propria azione.* Si mutino come piace le formule, ma il tripode sul quale si asside la colpa sarà sempre questo — 1.° *volontarietà* dell' atto — 2.° mancata *previsione* dello effetto nocivo — 3.° *possibilità* di prevedere.

§. 81.

Dicesi *omissione volontaria,* perchè sebbene nei fatti colposi si abbia un vizio dell' *intelletto,* che non previde le conseguenze dannose di un fatto, pure nella sua genesi questo vizio di *intelletto* risale alla *volontà* dello agente; perchè per un vizio di *volontà* (1) ei non adoperò la riflessione con cui poteva illuminarsi, e conoscere tali conseguenze sinistre. Se la colpa fosse mero vizio di *intelletto,* essa per logica necessità non sarebbe imputabile, nè moralmente, nè politicamente. Lo è appunto perchè la negligenza ebbe causa nella volontà dell' uomo. Da quel falso concetto nacquero i dubbi di Almendingen *(de imputatione juridica)* e di altri che negarono la imputabilità della colpa: e nacque la formula empirica che la colpa si imputi soltanto *per eccezione.*

(1) In taluno genera dubbio questa *volontarietà* dell' omettere, e si obietta che quando la volontà calcolò se dovesse

Digitized by Google

omettersi o no, vi è dolo e non colpa. Ma la obiezione nasce dal dimenticare che per la essenza della colpa la omissione voluta deve essere scompagnata dalla *previsione* dello effetto costituente la violazione del diritto. Se quando si *omise di calcolare* tutti gli effetti possibili del proprio atto si fosse *preveduto* (o come possibile o come probabile) che quello effetto lesivo ne potesse derivare, si avrebbe un dolo indeterminato, ma non più una colpa. Getto via un sigaro acceso appresso ad un pagliajo e ne cagiono lo incendio: sono in colpa se agisco senza riflettere, e senza prevedere che il sigaro vada a contatto del pagliajo, e che possa comunicargli il fuoco. Ho volontariamente omesso di guardare a quali oggetti andasse a contatto il mio sigaro. L' atto del getto è volontario, ma non è volontario lo espormi al risico di produrre incendio, perchè questo non l' ho *preveduto*. Filangieri (*scienza della legislazione lib. 3, cap. 37, Firenze* 1820) nel dettare i limiti tra dolo, colpa, e caso, sembra che confondesse la *previsione* con la *prevedibilità:* e la sua dottrina fu censurata da Winssinger *dissert. Quaenam sit differentia inter delicta dolosa et culposa, cap. 2, pag. 20.*

§. 82.

Gli atti colposi non devono però identificarsi con gli atti *negativi*. Nei delitti di omissione il corpo è *inattivo*, ma l' animo è *attivo:* perchè per un fine a cui tende, impera la inoperosità al corpo. Nei fatti colposi il corpo può essere *attivo*, perchè faccia quegli atti da cui nasce l' effetto dannoso, ma l' animo è sempre *inattivo*, perchè non spinge il suo calcolo alla previsione di tali effetti.

Digitized by Google

§. 83.

Dicesi *conseguenze prevedibili*, perchè la essenza della colpa sta tutta nella *prevedibilità*. Ma bisogna intendere bene il concetto della *prevedibilità* a questo luogo come cosa distinta dalla *previsione*. Si può *non prevedere affatto una conseguenza* che poi si cagiona. Si può *prevedere come possibile*, ma sperare di evitarla, e poi non riuscire ad evitarla. Si ha la mera *colpa* non solo nella prima ipotesi, ma anche nella seconda, purchè non si agisse per *fine di nuocere*. Se si agiva per fine di nuocere in questa seconda ipotesi, il fatto è doloso, perchè il dolo emerge dal primo fine. Ma se si agiva per fine innocente, non vi è rispetto al secondo effetto che mera colpa, perchè tanto vale *non prevedere* uno effetto quanto *prevedere che non avvenga*. Vi sarebbe contradizione in chi dicesse — tu hai *preveduto* che *ciò non avvenisse*, dunque tu hai preveduto che *ciò avvenisse* (1).

(1) Ho esploso il mio archibugio contro una fiera: nel folto del bosco che le stava dietro vi era un uomo, e l'ho ferito. Non ho *niente preveduto* che quell'uomo fosse colà, ma se io *poteva prevederlo* sono in colpa: ed è la prima ipotesi. Ho esploso contro la fiera; a grande distanza da lei vi era un uomo; io l'ho veduto, ho fatto i miei calcoli, ed ho *preveduto* che attesa la grande distanza a cui stava quell'uomo la botta *non lo avrebbe colpito;* avviene però che la botta giunge all'uomo e lo ferisce: io sono sempre in mera colpa; ed è la seconda ipotesi. Errerebbe chi mi obiettasse che io aveva preveduto la *possibilità di colpirlo*,

Digitized by Google

e che perciò sono in dolo: no, io ho *preveduto di non colpirlo:* ho errato nei miei calcoli, e qui sta la colpa, perchè era prevedibile ciò che avvenne; ma a torto la previsione di *non colpire* si vorrebbe identificare con la previsione di *colpire*. Ho esploso contro l' uomo senza volontà di ucciderlo, ed a ragione della distanza ho preveduto come cosa incerta che la mia botta ne cagionasse la morte; questa peraltro accade: io sono in dolo determinato rispetto alla lesione, che si converte in indeterminato rispetto alla morte. Non posso essere responsabile di mera colpa, perchè vi è dolo nel mio fatto, stante la volontà di nuocere. Non posso essere in dolo determinato rispetto alla morte, perchè non la volli come fine necessario della mia azione, quantunque la prevedessi come possibile. Chi agisce per fine di nuocere ad altri non può mai essere in mera colpa, perchè secondo la formula dell' antica pratica la colpa quanto al consequente è *informata* dal dolo antecedente. Esso sarà nella condizione del dolo indeterminato, se *previde* il più grave effetto e pure lo volle affrontare con lo agire anche al rischio di cagionarlo senza precisamente volerlo: o sarà nello stato di preterintenzionalità (§. 1104) se quel più grave effetto *non previde* mentre poteva prevederlo.

§. 84.

Il *non avere previsto* la conseguenza offensiva sconfina la *colpa* dal *dolo*. Il *non averla potuta prevedere* sconfina il *caso* (1) dalla *colpa*.

(1) Vedasi Marckart *probabilium lib. 2, pag. 94 et 95.*

§. 85.

Perciò il *caso* non è imputabile: perchè posto ancora che vi fosse precipitanza nell' agire, non può

Digitized by Google

rimproverarsi la omissione di una diligenza, il cui uso (stante l' assoluta impotenza dell' intelletto) sarebbe riuscito inane a prevedere gli effetti che ne seguirono. Su ciò è da notarsi che la prevedibilità senza *potenza di prevenire* equivale alla non prevedibilità quando l' uomo è nella *necessità di agire.*

§. 86.

Nella esattezza del linguaggio il nome di *delitto* si riserba ai soli fatti *dolosi.* Ai fatti *colposi* applicarono i pratici il titolo di *quasi-delitti;* che però dai giureconsulti romani adoperavasi ad esprimere tutt' altro concetto (1).

(1) Vedasi Bergero *dissertationes juris, disput.* 6, *de quasi delictis, Lipsiae* 1707 — Lussaud *thés. des délits et quasi délits, pag.* 86, *Paris* 1860 — Sijbouts *disput. de delictis et quasi delictis, sect.* 2, *Groningae* 1821.

§. 87.

Se la essenza della colpa sta nella *prevedibilità* dell' effetto sinistro, non voluto però nè previsto dallo agente, bisogna inferirne che il criterio con cui si calcola il grado della colpa (e così la misura della sua imputazione) deve desumersi, non dalla maggiore o minore *possibilità* (1) dell' effetto dannoso, ma dalla maggiore o minore *prevedibilità* di cotesto effetto.

(1) Cadde in equivoco chi credette la formula della *possibilità* essere equipollente alla formula della *prevedibilità.*

Digitized by Google

Può la *possibilità* dello evento essere grandissima: e nonostante lo agente essersi trovato in tale situazione che rendeva a lui difficilissimo prevederlo. Può invece la *possibilità* essere minore, ma per le condizioni personali in cui versava lo agente essersi potuto da lui con tutta facilità *prevedere.*

§. 88.

Su questa norma della prevedibilità si regola la divisione della colpa in *lata, leve, levissima.* È *lata* quando l' evento sinistro si sarebbe potuto prevedere da *tutti* gli uomini. È *leve* quando sariasi potuto prevedere soltanto dagli uomini *diligenti.* È *levissima* quando si sarebbe potuto prevedere soltanto mercè l' uso di una diligenza *straordinaria* e *non comune* (1). Ma nel pratico svolgimento di questa gradazione sorge gravissima difficoltà sul punto di determinare se nei casi concreti il grado della colpa di un giudicabile debba misurarsi con un criterio *soggettivo* e *individuale,* oppure con un criterio *generale* ed *astratto.* Comprendesi agevolmente che un fatto identico può rappresentare una negligenza scusabile in un villico ignorante ed incolto, ed una negligenza imperdonabile e riprovevolissima in un uomo istruito e di civile condizione. Dovrà egli il giudice nei singoli casi concreti tener conto di queste condizioni individuali nel determinare il grado di colpevolezza dei diversi imputati? Sappiamo che la qualità delle persone non deve accettarsi come criterio dirigente la misura della quantità delle pene. Ma qui non trattasi di *quantità di pena:* trattasi più veramente di *quantità di imputazione.* E come negare lo influsso delle condizioni soggettive sulla

Digitized by Google

imputabilità dello agente? Appo i Romani nel tema della responsabilità della colpa nelle contrattazioni si valutarono le condizioni soggettive. Ma è vero però che la illazione non corre, perchè in proposito delle indennità private entra in campo un altro elemento giuridico, quello cioè della *reciprocità della colpa;* essendo indubitato che chi contrattò con un individuo abitualmente trascurato od idiota, deve imputare innanzi tutto a sè stesso se il fatto del contraente da lui scelto gli recò nocumento. Altrettanto non può dirsi ai fini della penalità.

(1) Il codice Spagnuolo del 1848 distinse i casi di colpa in *imprudenza semplice* e *imprudenza temeraria* all' art. 480; ove meritano di essere veduti i commenti di Pacheco. Un criterio speciale di gradazione nella colpa fu tentato dal Winssinger (§. 2, *pag.* 67) insinuando doversi distinguere fra colpa d'*impeto* e colpa di *proposito.* Esemplifica quella distinzione nel caso di chi siasi deliberatamente mosso ad esplodere contro una fiera che egli abbia veduto in una località dove stava un armento, ed abbia così avuto tempo di riflettere che scaricando contro quella fiera poteva offendere l'armento o i pastori; e il caso di chi nel cacciare vede repentinamente sbalzargli dai piedi una fiera, ed esploda contro questa senza aver tempo di riflettere e di osservare se in quella direzione esistono armenti o pastori. Io non credo che alla colpa si possa con utilità pratica applicare la distinzione fra *proposito* ed *impeto.* Le differenziali fra il tempo maggiore o minore che si ebbe per riflettere si risolveranno praticamente nella formula della colpa lata, leve, e levissima; perchè appunto potrà apparire tanto più lata la colpa, ossia tanto più facile il prevedere l' evento, quanto maggiore sarà stato lo intervallo conceduto dalle circostanze del caso. Sulla triplice distinzione dissertò Fabro *de erroribus*

Digitized by Google

pragmaticorum, decas 76, *error* 1, *Lugduni* 1658. Meglio sembra poter servire a graduare la colpa la distinzione fra chi nulla affatto pensò al tristo evento (lo che i Romani dissero *culpa ex ignorantia*) e chi vi portò il pensiero, ma previde che *non sarebbe avvenuto* (lo che i Romani dissero *culpa ex lascivia*). Un giovine sta per esplodere contro una fiera: il suo compagno lo avverte che ad una distanza vi è un uomo: ti par egli (risponde il primo) è impossibile che il piombo arrivi laggiù mai; ed esplode, ed il piombo giunge a ferire. Costui non è in *dolo*, perchè ha *preveduto* come cosa certa di *non ferire:* ma la sua colpa è più grave che non sarebbe quella di chi niente avesse veduto quell' uomo. La verità di queste regole si sente in pratica, ma difficilmente le medesime si riducono a formule assolute di dottrina.

§. 89.

Ora siccome la legge umana non può mai spingere le sue esigenze fino ad imporre ai cittadini cose insolite e straordinarie; così è indubitato che la colpa *levissima* non è imputabile per principio di giustizia (1). Non lo è poi anche per principio di politica; perchè nella omissione di una *straordinaria* diligenza non ricorre l' elemento della forza morale oggettiva, non potendo i cittadini intimidirsi se altri non usa quelle precauzioni che dalla comune di loro non si usano, e che ciascuno sente che non adoprerebbe in simigliante caso egli stesso.

(1) Ciò dimostrò benissimo il Barbacovi, nella sua dissertazione *de mensura poenarum pag.* 85, *Tridenti* 1810, ove revoca in dubbio eziandio il diritto alla refettibilità del danno civile nei casi di colpa levissima. Sulla non imputabilità assoluta della colpa levissima si veda il §. 1097.

Digitized by Google

Vedasi anche Buccaroni *de differentiis inter judicia civilia et criminalia, diff.* 125, *Romae* 1624.

§. 90.

E se la colpa levissima non è per giustizia imputabile, ne consegue che quella triplice distinzione delle colpe è impreteribile nel diritto penale; e che una legislazione (1) che la ometta viola la giustizia: perchè col ferire indistintamente tutte le colpe viene a punire anche la negligenza levissima; e così ad imporre ai cittadini l'obbligo di una diligenza straordinaria che razionalmente non si può esigere da loro.

(1) Così il codice Toscano imputa e punisce qualsiasi leggerissima colpa *al pari* della colpa la più sciagurata.

§. 91.

Tanto nei fatti dolosi quanto nei fatti colposi si riscontra, così soggettivamente come oggettivamente, la forza morale del delitto, come altrove (§. 126) diremo.

ARTICOLO II.

Della forza fisica.

§. 92.

La legge di natura non costituì l'uomo vindice delle violazioni della legge morale, se non in quanto il turbamento dell'ordine esterno abbisogna di una

Digitized by Google

sanzione pronta e sensibile. Perchè dunque l' autorità civile eserciti legittimamente il diritto di repressione sugli atti umani, bisogna che questi atti presentino la capacità di turbare l' ordine esterno; ossia di violare i diritti degli altri uomini.

§. 93.

Ma tale capacità non offrono gli atti umani se non in quanto al malvagio disegno abbia tenuto dietro un moto corporeo, ossia un fatto *esterno:* coi soli atti *interni* non si può turbare l' ordine esterno.

§. 94.

Perciò negli atti meramente interni si può ravvisare *vizio* o *peccato,* secondo che si guardano nei loro rapporti con la sola legge morale o religiosa; ma non può ravvisarvisi *delitto.* All' ente giuridico che si chiama delitto, è dunque necessario un secondo elemento, ed una seconda *forza,* che dicesi forza *fisica.*

§. 95.

La forza *fisica* del delitto guardata nella *causa,* o soggettivamente, ha dunque il suo elemento nell' atto corporeo: essa nasce dal *moto* che l' animo imprime alle membra per farle, secondo il suo pravo disegno, servire alla esecuzione del fatto reo. Laonde questa dicesi anche forza *esterna,* perchè si mostra agli occhi altrui; e forza *passiva,* perchè il corpo passivamente obbedisce all' impero della volontà. Tutti gli organi corporei dell' uomo

Digitized by Google

possono, secondo la varietà dei reati, costituire la forza fisica soggettiva del malefizio. Questa può completarsi anche col solo uso della lingua nei delitti di parola, come ingiuria, minacce, bestemmia, e simili. In altri reati la parola non è sufficiente a *completare* la forza fisica soggettiva del malefizio (per esempio nell' omicidio, nel furto) se non le tenne dietro l' atto esteriore di qualche altro organo corporeo. Anche in questi però la parola rientra nella forza fisica soggettiva del delitto quando abbia servito a dare impulso ad altri atti esterni conducenti alla esecuzione materiale del malefizio.

§. 96.

La forza *fisica* del delitto guardata nel suo *risultato,* o oggettivamente, consiste nel *danno* recato altrui con l' azione. Questo danno può essere *effettivo,* e *potenziale.* Effettivo quando è *realmente* avvenuta la *perdita del bene* attaccato. Potenziale quando, sebbene non sia del tutto avvenuta, è nel risultato dell' atto esterno la *potenza* a recarla; e ne è avvenuta perciò completa la violazione di un diritto.

§. 97.

Il *danno potenziale* è dunque una cosa distinta dal *pericolo.* E il *pericolo* è esso pure di due specie. Altro è il *pericolo appreso,* il quale non ha mai presentato uno *stato di fatto* che rendesse *imminente* la violazione del diritto: per esempio, le male qualità e tendenze di un uomo, la sua inimicizia, e simili. Altro è il *pericolo corso,* il quale nasce da

Digitized by Google

uno *stato di fatto* che ha ad un dato momento reso *imminente* quella violazione. Il pericolo *appreso* non dà mai ragione di incriminare (1) e cade soltanto sotto le misure di buon governo. Il pericolo *corso* è la base della imputazione del *tentativo*, come a suo luogo (§. 352) vedremo. Il danno potenziale può anche far sorgere la nozione del delitto *consumato*. Quei delitti nei quali il danno potenziale basta alla loro consumazione sono tutti delitti *formali*, appunto perchè nella semplice *azione* del delinquente, sebbene non susseguita dall' *effetto* che egli voleva ottenere, si configura una *violazione* già avvenuta del *diritto*, e così la *perfetta* infrazione della legge. Ove è mero *pericolo*, il diritto non è anche *violato*, ma soltanto fu *minacciato* e aggredito.

(1) Evertsen de Jonge *de delictis contra rempublicam admissis vol. 2, pag. 266, Trajecti ad Rhenum* 1845 — *nemo propter* periculum in futurum *puniri potest: sed tantum propter* periculum ortum *ex ejus facto, quod vel civibus, vel eorum rebus, vel reipublicae imminet; dummodo noxii voluntati tribuendum sit.*

§. 98.

Nel delitto *formale* si ha danno *effettivo* in quanto è offeso il diritto *astratto;* e danno meramente *potenziale* in quanto al diritto *concreto*, ossia al godimento del bene *materiale* che voleva togliersi. L' *azione* è incompleta nei suoi rapporti con la propria *oggettività materiale* e *ideologica*, perchè l' agente può non avere conseguito il bene cui tendeva: ma è completo il *delitto* nei rapporti con la

Digitized by Google

propria *oggettività giuridica*, cioè il diritto astratto violato. Questa distinzione bisogna dunque intenderla sempre referendo la *potenzialità* al bene materiale minacciato; poichè nel rapporto del diritto *astratto* anche il danno *potenziale* ha sempre in sè la *effettività* della lesione. Così chi ingiuria può non aver tolto l' onore all' oltraggiato, perchè nessuno abbia creduto all' ingiuria; e perciò il danno nel rapporto al bene materiale sia rimasto in sola potenza: ma pure il delitto è completo, perchè con la espressione ingiuriosa avente potenzialità di togliere l' onore (1) si è avverata la *effettiva* violazione del diritto.

(1) Il criterio che distingue il danno *potenziale* dal *pericolo corso* è la *permanenza*. Quando si è contro il nemico esploso un' arme che non ha colpito, vi è *pericolo corso*, ma non vi è ulteriore *potenzialità* di danno, perchè ormai quel projettile non ha più abilità di offendere. Quando si è diffamato alcuno può esservi danno *effettivo* se chi udì le calunniose parole vi diede credenza, e così *effettivamente* fu diminuito il patrimonio dell' onore del diffamato: ma quando nessuno vi credette non vi ha soltanto un *pericolo corso*: vi è un danno *potenziale*, perchè quella imputazione rimasta nella memoria di coloro che la udirono, *può* sempre per accidentalità posteriori convertirsi in credenza nell' animo dei medesimi. Una fucilata esplosa senza colpire non recò *danno effettivo*: non ha più danno *potenziale*, non vi è che pericolo corso. Il *pericolo corso* non può più trapassare in *danno effettivo*; il danno *potenziale* ha tale attitudine almeno per un tempo indeterminato. Così nello aver coniato una falsa moneta vi è mero danno potenziale anche prima che sia messa in circolo, e con ciò si esaurisce la consumazione del falso nummario per fabbricazione. Quando si è tentato

Digitized by Google

di spenderla è sopraggiunto il pericolo corso, e a quel primo titolo si aggiunge il tentativo di spendimento. Quando poi è stata spesa sopraggiunge la effettività del danno concreto, e alla violazione della pubblica fede, già completa per il danno potenziale della fabbricazione, si congiunge la violazione del diritto individuale di proprietà per il danno effettivo sofferto da chi la ricevette per buona.

§. 99.

Il delitto *materiale* al contrario esige sempre alla sua consumazione la *reale* privazione del bene a cui il *diritto* attaccato si riferisce. Così deve essere *effettiva* tanto la violazione del diritto *astratto*, quanto il toglimento del bene *concreto*. Il delitto *formale* si consuma con la sola violazione del diritto subiettivo. Pel delitto materiale occorre ancora la violazione del diritto nel suo obiettivo, vale a dire che sia tolto il bene che forma l' oggetto del diritto.

§. 100.

Neppure dunque tutti gli atti esterni procedenti da rea intenzione, possono essere elevati a delitto; ma quelli solo che *hanno nociuto*, o che avevano l' *attitudine a nuocere* ai diritti altrui; o quelli che hanno nel loro svolgersi posto il diritto in *attuale* pericolo. Senza ciò l' atto esterno è civilmente innocente, per quanto possa essere riprovato dalla morale o dalla religione (1).

(1) La mancanza assoluta nella società di ogni giurisdizione a punire le sole offese alla morale, ed a pesare sul-

Digitized by Google

la bilancia della morale i delitti, è riconosciuta anche dai giuristi teologi: Bensa *summa juris naturalis ad errores modernos evincendos accommodata, Parisiis* 1855, §. 968. — *Societatis* jus *et* officium *est* externum solummodo ordinem *tueri, et actus illos* tantummodo *punire, qui ad socialem ordinem turbandum tendunt. Individualis vero honestatis nulla cura societati commissa est, praeter quam quae ad socialem ordinem pertinet. Idcirco obiectum juris humani est solum delictum proprie sumtum. Ergo societati nullum jus est puniendi crimina quae individuali tantum peccantis bono repugnant. Ergo* punitionis proportio *non ad* moralem, *sed ad* civilem *delicti* malitiam *aptanda est.* Insisto su questa verità per mostrare che non sono eterodossi coloro che, lottando contro una certa tendenza contemporanea, oppugnano le teorie di chi vorrebbe (§. 182) accattare dalla morale il criterio per misurare i delitti.

§. 101.

Di più dal principio che la società è armata del gius di punire pel solo fine del mantenimento dell' ordine *esterno*, si deduce che quando in un caso ove il principio di giustizia esigerebbe la repressione, avvenga che l' applicarla porti all' ordine turbamento maggiore che il non usarne, cessa nella società il diritto di esercitare una giustizia, che è esternamente dannosa.

§. 102.

Se adesso tornasi a considerare il delitto nella congiunzione di ambedue le sue forze, il *danno* dividesi in danno *immediato* o *diretto*, e danno *me-*

Digitized by Google

diato o *riflesso*, che dicesi anche da alcuni *danno morale* (1).

(1) Applico malvolentieri al danno *mediato* la denominazione di danno *morale*, perchè ciò (in ragione dell' antitesi) può ingenerare la idea che il danno *immediato* si debba dire danno *fisico*; il che sarebbe erroneo. Il danno *mediato* è senza dubbio sempre un danno *morale*, nel senso che esso consiste nell' effetto prodotto dal delitto sull' *animo* dei terzi. Ma non per questo il danno immediato può sempre dirsi *fisico* o *materiale*. Esso risulta dalla forza fisica, o materialità dell' azione criminosa: ma non sempre si estrinseca in un risultato *fisico*. Può anch' esso consistere in un mero risultato *morale*, come nella minaccia, nella ingiuria, nella bestemmia, e simili. Non è dunque esatto chiamare con Rossi il danno immediato *male materiale*: e può essere fonte di equivoco chiamare con altri *danno morale* il danno mediato.

§. 103.

Il danno *immediato* è quel *male sensibile* che il delitto reca col violare il diritto attaccato; sia che questo pertenga ad un individuo, od a più individui, od anche a tutti i membri dell' aggregazione, ed anche alla stessa aggregazione sociale guardata come persona di per sè stante. Perciò dicesi danno *diretto*, perchè consiste nella lesione del diritto colpito dall' *azione* criminosa direttamente.

§. 104.

Il danno *mediato* è quello che il delitto reca anche a tutti gli altri cittadini, che non furono dall' azione direttamente colpiti: perciò dicesi danno

Digitized by Google

riflesso; perchè chi lo soffre ne è colpito per riflessione e come di rimbalzo.

§. 105.

L' uomo in società gode il patrimonio *naturale,* e di più gode un patrimonio che dicesi *politico.*

§. 106.

Il patrimonio *naturale* dell' uomo è il compendio di tutti i beni che *come individuo* gli pertengono: vita, sanità, libertà, averi, onore, diritti di famiglia.

§. 107.

Patrimonio *politico* dicesi quello che all' uomo spetta in quanto è *membro* di una civile società: la quale è costituita al solo fine di dare a lui i beni della *sicurezza,* e della *opinione della sicurezza* (1).

(1) La *sicurezza* e la *opinione della sicurezza* come *diritto* le dà la natura. Non transigo su ciò. Ma l' uomo che vive consociato senza protezione di governo ha la sicurezza precaria perchè affidata alle sole proprie forze; e così anche la opinione della sicurezza è in lui pallida e spesso difetta. La SOLA necessità dell' autorità sociale sta in questo; che crea la *protezione* del diritto. È per lei che la sicurezza e la opinione della sicurezza divengono *realtà* di fatto. L' uomo isolato ha diritto a vivere: *diritto naturale, patrimonio naturale,* perchè la società civile non vi aggiunge un atomo. L' uomo isolato ha pure diritto a far *sicuro* il suo diritto alla vita. Lo *jus defensionis* è un diritto naturale inerente

Digitized by Google

a tutti i diritti così originarii come acquisiti. Esso ne è, a tutto rigore di termini, un *contenuto necessario*. Ma lo *jus defensionis*, perfetto nel suo essere ideale, non sempre si gode sufficientemente dall' uomo isolato. Quantunque forte egli può essere soggiogato dal più forte; o per malattia o tradimento esser vinto. Anche il diritto di *sentirsi sicuro* (opinione della sicurezza) pertiene all' uomo isolato, ma quel vago sentimento della sua impotenza gliene minora il godimento. La società crea la *tutela*, e questa è la sua missione per legge di natura. *Unica* sua missione *assoluta*. Ecco perchè a lei si dà il merito di questo patrimonio: e si dice politico non perchè la città *lo dia*, ma perchè la città lo rende una verità di fatto realmente goduta dall' uomo. Ancor io penso che la legge di natura insieme col *diritto* dia all' uomo la coscienza della facoltà di *difendere* il *diritto*. Ancor io penso che in questa duplice coscienza del diritto e della facoltà di difenderlo sia inerente la coscienza di essere sicuro. Ma come consegnisce l' uomo isolato questa coscienza di difesa e di sicurezza? Come una verità assoluta in quanto è potenza, come una credenza spesso delusa in quanto guardasi come realtà. Ancor io penso con Locke che la legge naturale attribuendo all' uomo anche lo *jus defensionis* non sia assurdo referire alla legge naturale la genesi dello *jus punitionis* come mezzo di *difesa diretta* al fine di distogliere l' offensore dal tornare all' offesa, e gli altri dallo imitarlo (vedi la nota a §. 601). È perciò che lo *jus punitionis* dalla legge naturale si è rivelato all' uomo col sentimento della *vendetta*, la quale ha due forme psicologiche: l' una di mera *passione* come effetto dello sdegno al male patito, ed è opera di *sentimento*; l' altra di atto di *calcolo* come mezzo di prevenire nuovi danni, ed è opera di *ragione*. E qui osservo che anche in società si hanno pronunziatissime in fatto queste due forme psicologiche della vendetta. Quando offendo il nemico per mero sdegno di un male recatomi, di cui non temo il rinnuovamento, esercito la vendetta come atto di mera passione brutale: quando io bastono il ladro che ho trovato a cogliermi

Digitized by Google

i frutti del mio campo esercito la vendetta come atto di ragione — Ti voglio dare una lezione per cavarti la voglia di tornarci — Queste due forme pronunziatissime meriterebbero forse di essere avvertite anche nella pratica come criterio di una giusta proporzione nella imputazione dei delitti commessi per vendetta. Nella prima forma il delitto è barbaro e brutale; è un sentimento vizioso e riprovevole. Nella seconda forma, quando non si eccedono i limiti della correzione, vi è nell' agente una coscienza erronea di giustizia. Il delitto consiste nell' aver fatto di privata forza quello che doveva fare esclusivamente l' autorità sociale. E quando pure il male che il privato recò sia minore di quello che avrebbe recato l' autorità, vi è sempre delitto perchè si usurpano i poteri di questa: e l' abilità dei poteri di questa fa cessare la facoltà di esercitarli per parte del privato. Ecco dove sta il fondamento del moderame della difesa, come dimostrai nella prolusione del 1859; prima pubblicazione del mio sistema: *Opuscoli vol.* 1, *opusc.* 3. Ma torniamo a noi. Anche riconosciuta nella legge naturale la rivelazione del diritto di punire sotto la forma della vendetta ragionata, cotesto diritto non può la legge medesima averlo concesso come facoltà costantemente deducibile all' atto dall' uomo offeso: e ciò per le tre grandi ragioni 1.ª del turbamento del giudizio dell' uomo offeso; 2.ª del non riconoscimento del giudizio per parte dell' offensore; 3.ª della impotenza di eseguire il giudizio quando l' offensore prevalga di forze. Queste tre difficoltà rendevano impossibile l' esercizio dello *jus punitionis* per parte dell' individuo. Dunque necessaria l' autorità armata della pena per disposto della legge naturale. Ed ecco il patrimonio politico completato mercè il godimento reale della sicurezza, e della opinione della sicurezza. A questo patrimonio politico, per tal guisa definito nel suo concetto ideale, vengono ad appartenere tutti quegli ordinamenti ed istruzioni che tendono all' assodamento della società civile, ed al più facile funzionamento della sua primaria missione di proteggere il diritto. Così la legge organica dello Stato, la pubblica giustizia,

Digitized by Google

la pubblica quiete, la pubblica fede, e simili, sono beni che si acquistano mediante la società; e sono beni reali in quanto dai medesimi ogni individuo ne ricava vantaggio nell'esercizio dei diritti e godimento dei beni che aveva ricevuto dalla natura. Se mi è lecito valermi di un paragone il patrimonio politico può somigliarsi ad un muro da cui si cinge un giardino. Quel muro non aumenta la ricchezza o feracità naturale del giardino (patrimonio naturale) anzi e pel suolo che occupa e per l'uggia che reca, è dentro certi limiti a detrimento di quella naturale feracità produttiva. Ma il bene (quantunque in parte menomato) di questa feracità produttiva viene nel suo complesso ad aumentarsi per la ottenuta sicurezza mediante quel muro (patrimonio artificiale) che la mano dell'uomo ha composto al fine di tutelare i beni naturali del giardino. Chi dice che gli uomini sono fatti per lo Stato dice che il giardino è creato pel servigio del muro. Chi opera in guisa che gli ordinamenti di tutela giuridica delle città uccidano ogni godimento di beni naturali, è nella sua imprudenza simile al proprietario che di troppo gigantesco muro circondando il proprio giardino gli tolga e sole ed aria per guisa da renderlo sterile e morto ad ogni speranza di produzione.

§. 108.

Accettando questa nomenclatura e questa distinzione, non si intende già di porre in antitesi i diritti *naturali* con i diritti *politici* nel senso che questi abbiano una derivazione diversa dalla legge naturale primitiva, e che siano frutto di umane convenzioni. Tenuto per fermo che la società civile abbia la sua origine nella legge di natura, che da questa provenga l'autorità direttiva dell'ordine esterno e la potestà in lei di proibire le violazioni dei diritti *naturali*, l'aggregazione stessa viene ad essere un

Digitized by Google

fatto *naturale;* e il diritto che ha ogni cittadino a vedere rispettato l' ordine di quella società ove egli è costituito, è anch' esso un diritto che nasce dalla natura. Sotto tale aspetto la distinzione tra patrimonio *naturale* e patrimonio *politico,* o non avrebbe senso o avrebbe un senso fallace. Ma se un ordinamento sociale, un' autorità, una giustizia punitiva, guardate nel loro essere astratto, emanano direttamente dalla legge naturale; non è così delle loro *forme.* Le quali, purchè rispondano al fine della legge eterna dell' ordine, sono tutte legittime in ogni loro possibile varietà. Ora queste varietà, che costituiscono il modo di essere *concreto* di tale o tale altro ordinamento politico delle diverse genti, sono costituite dal consenso tacito o espresso dei cittadini: e appunto perciò si dicono ordinamenti *politici.*

§. 109.

L' uomo pertanto che vive in una società civile oltre ai diritti che avrebbe come individuo, e che formano il suo patrimonio *naturale,* ha il diritto che sia rispettata quella forma di ordinamento *concreto* nel quale trova la *sua sicurezza.* Il diritto alla nostra *sicurezza* ce lo dà la natura: ma la società, ministra della legge naturale nel proteggere cotesto diritto, attua la sicurezza mediante la legge civile; e genera nei cittadini la *opinione* ragionata di quella. Costituita così la *forma* di protezione della società, essa diviene l' obiettivo di un ulteriore diritto; e ne nasce nei cittadini il diritto di esigere che sia rispettata cotesta forma di protezione. In

Digitized by Google

questo senso la sicurezza e la opinione della propria sicurezza, costituiscono al cittadino il patrimonio che si dice *politico*. E un fatto che senza offendere nessun individuo, offenda il corpo sociale, lede così tutti i consociati, non nel patrimonio naturale, ma nel patrimonio politico; perchè, attaccando l'autorità guardiana dei diritti di ciascuno, mette a repentaglio la sicurezza di tutti.

§. 110.

Posto ciò è da avvertirsi che il delitto ora può *immediatamente* attaccare soltanto un individuo o alcuni individui nei loro particolari diritti, ed ora può offendere *direttamente* tutti i consociati, non nei diritti che hanno come uomini ma nei diritti che hanno come cittadini di quello Stato.

§ 111.

Nel primo caso il danno *immediato* è *privato*, o *particolare*: nel secondo caso è *pubblico*, o *universale*. Nel primo caso dicesi attaccata la *sicurezza privata;* nel secondo la *sicurezza pubblica*. Questo concetto, che pone a base dei delitti politici la nozione del danno *universale*, rettifica l'errore nel quale caddero alcune moderne scuole (1) che la società civile guardarono come *fine* a cui l'uomo dovesse servire: e così sommersero l'individuo nello Stato; immaginando in questo dei diritti suoi propri, e nei delitti contro lo Stato la violazione di una categoria di diritti tutti particolari di questa personalità. La società non è che un *mezzo*, uno *stru-*

Digitized by Google

mento indispensabile alla tutela dei diritti naturali dei consociati: non può esistere antagonismo fra il potere e le moltitudini. Onde le offese alla società non sono lesioni di un diritto della persona astratta, ma dei diritti di tutti e ciascuno dei suoi membri

(1) Vedasi Belime *philosophie du droit, vol.* 1, *pag.* 234, *Paris* 1856 — Thiercelin *Principes du droit, edit.* 1857, *pag.* 24, 25.

§. 112.

Ma il danno immediato può essere danno *pubblico* tanto quando il fatto abbia *effettivamente* raggiunto un fine che era a detrimento di tutti; quanto allorchè tale lesione, effettivamente ristretta forse a pochi individui, attacca tutti *potenzialmente*. In ambo i casi si ha un danno immediato *pubblico;* in ambo i casi è attaccata la *sicurezza pubblica* (1).

(1) Questo modo di considerare il danno immediato *pubblico* è sostanzialmente diverso da quello della scuola *politica* (alla quale forse troppo si accostò Carmignani) che considera come soggetto passivo di cotesto danno la persona ideale dello Stato. Anche nel danno immediato pubblico si trova il suo *paziente* negli uomini *reali,* e il suo oggetto nel diritto degli individui consociati; non nella ideale personificazione dello Stato. Solo invece di esserne leso uno o pochi, sono lesi tutti; donde chiariscesi la nozione del *danno universale,* e se ne dimostra la grande importanza teorica e pratica di questa distinta nozione.

Digitized by Google

§. 113.

Il delitto dunque si caratterizza dal danno immediato *privato* soltanto in quei fatti criminosi che ledono l' *individuo paziente* dell' azione criminosa, senza ledere per loro stessi nè effettivamente nè potenzialmente la sicurezza universale. Così il furto, a modo di esempio, lede il solo derubato. E da quel fatto nessun danno immediato ne deriva, neppure potenzialmente, a tutti gli altri consociati.

§. 114.

Ma invece con l' offendere (per esempio) la giustizia pubblica non si ledono soli coloro a cui danno era rivolta l' azione; e che subiranno forse il danno *immediato effettivo*. Portando quell' azione indebolimento all' autorità magistrale, offende *immediatamente* tutti i cittadini, poichè tutti hanno interesse e diritto che vi sia giustizia e sia rispettata. Così nella emissione di una falsa moneta il danno effettivo si risentirà soltanto da chi ebbe la falsa moneta per buona; ma il danno potenziale cade su tutti, perchè la moneta posta in corso può venire in mano di tutti con apparenza di un valore che non ha: laonde per cotesta *potenzialità* ne avviene la *effettiva* violazione del diritto che tutti hanno a vedere rispettata la fede della pubblica moneta; e sì l' uno che l' altro è danno *immediato*.

§. 115.

Al contrario in certi fatti non è possibile concepire il danno *immediato* di tutti. Se alcuno fu uc-

Digitized by Google

ciso, violentato, derubato, ingiuriato, nessun diritto dei suoi concittadini può dirsi leso, neppure *potenzialmente;* perchè la potenzialità deve stare nell' atto consumato, e non nelle supposte sue possibili ripetizioni. In tali casi il danno *immediato* è tutto *privato.* Con lo uccidere un uomo non si è leso neppure potenzialmente alcun altro; nè violato per conseguenza alcun diritto che negli altri fosse di vedere rispettata quella vita. La sicurezza di ciascuno di loro rispetto all' *effetto immediato* del delitto è illeso.

§. 116.

Sicchè il danno immediato *universale,* o *pubblico,* si ha *quando il delitto offende una cosa alla quale tutti i consociati* hanno *un comune interesse; e così un diritto a vederla rispettata;* come la religione, l' autorità, la quiete pubblica, la proprietà pubblica, la giustizia, ec. Il danno immediato *particolare,* o *privato,* si ha per lo contrario quando *il delitto offende una cosa sulla quale avevano interesse i soli individui che furono pazienti del delitto.* Da queste nozioni si rileva che il danno *potenziale privato* basta a costituire il delitto perfetto quando vi concorre un danno *effettivo pubblico.* In questa formula si riassume tutta la teoria; e se ne illumina la dottrina del conato, come a suo luogo (§. 374 e segg.) vedremo.

§. 117.

Ma tanto in quei delitti che recano un danno *immediato pubblico,* quanto in quelli che recano un danno *immediato* meramente *privato,* vi è sempre

Digitized by Google

un secondo danno, il quale è costantemente *pubblico* perchè patito *da tutti:* e questo è il danno *mediato.*

§. 118.

Il danno *mediato,* o riflesso, consiste nella intimidazione (allarme) sorta nei buoni per la consumazione di un delitto; e nel cattivo esempio che se ne suscita nei male inclinati. Questo speciale fenomeno è quello che dà un carattere politico a tutti i delitti, e fa sì che per una offesa *immediatamente* recata alla sicurezza di *un solo,* tutti gli altri *mediatamente* soffrano per la diminuita *opinione della propria sicurezza* (1).

(1) L' onorevole Consigliere **Martinelli**, nel suo ***Prodromo a un progetto di Codice Penale, Bologna*** **1866**, introduce una nuova formula a designare il danno mediato. Il delitto (egli dice) viola la *espettativa* che hanno tutti i cittadini che nessuno usi della sua libertà a danno altrui. Ma questa nuova formula della *espettativa* non parmi che adeguatamente rimpiazzi la vecchia del *danno mediato;* perchè se esprime la *agitazione* eccitata nell' animo dei buoni, non esprime ugualmente l' *agitazione* eccitata dal delitto nell' animo dei male inclinati, i quali dal malo esempio si trovano incoraggiati a fare altrettanto; e così la nuova formula non contiene ambedue le forme nelle quali si svolge la forza morale oggettiva del reato, e dallo insieme delle quali si costituisce il danno *mediato.*

§. 119.

Gli uomini infatti vivono tranquilli in società nella fiducia che i loro diritti siano protetti avverso le

Digitized by Google

passioni dei malvagi, dall' autorità e dalla legge penale. Una offesa che avvenga al diritto di alcuno in onta di tale protezione è un lampo che rivela la impotenza della protezione. Ciascuno all' udire che nonostante il divieto l' azione vietata si è commessa, sente che le passioni malvagie spezzano il freno della legge; dubita a ragione della efficacia di cotesto freno; e quantunque non vegga menomata attualmente la propria *sicurezza*, si sente meno sicuro, perchè prevede che ove una passione spinga qualche perverso a disegnare consimile offesa contro lui stesso, la legge repressiva non sarà a lui bastante tutela, come non lo è stata per l' altro che già rimase vittima del delitto avvenuto.

§. 120.

Il danno *mediato* del delitto è dunque un danno di mera *opinione*. Esso trae la sua essenza ideologica da una sola cosa — *dalla possibilità della ripetizione*. Più è facile la ripetizione, più l' allarme e l' incitamento saranno gravi ed estesi. Esso perciò è *sempre universale*, tanto in quei delitti che recano un danno immediato *universale*, quanto in quelli che recano un danno immediato soltanto *particolare*. Infatti, avendo esso per base la idea di una possibile ripetizione del delitto commesso, e tale ripetizione potendo avvenire per parte di tutti e contro tutti, la *universalità* di cotesto danno è intrinseca alla sua natura. Se un delitto commesso da uno non potesse mai più *ripetersi* in diversi soggetti, quel delitto non avrebbe *danno mediato;* e così non avrebbe carattere *politico*, e il punirlo sa-

Digitized by Google

rebbe un arbitrio prodotto o da un brutale sentimento di vendetta o da un sognato diritto di correzione. Sicchè il danno *mediato* è tutt' altra cosa del danno *potenziale*, perchè questo è una condizione *reale* del fatto eseguito, come lo fu il *pericolo corso* (§. 352) nel tentativo; quello dipende dalla *previsione* di altri nuovi fatti. E l' uno e gli altri sono differenti dal mero *pericolo* appreso; il quale ha tutta la sua base in un calcolo della mente non conseguente ad una violazione di diritto già avvenuta.

§. 121.

Ora cotesto effetto del delitto non è il prodotto della sola sua *forza fisica*. È il risultamento della *forza fisica* e della *forza morale soggettiva* insieme combinate.

§. 122.

Infatti quando un uomo cade per morbo o per infortunio, può sentirsene dagli altri dolore; ma non viene meno per questo fatto la potenza morale dell' autorità e la fiducia nella legge e nella giustizia. Nessuno ne trae argomento di audacia a turbare l' ordine esterno; nessuno ne sente crollare nell' animo la *opinione* di essere *sicuro* dalle offese di gente perversa.

§. 123.

Il maloesempio e la intimidazione sorgono soltanto quando si viene a conoscere che quella morte

Digitized by Google

è stata prodotta dal braccio di un uomo per malvagia intenzione o per imprudenza. Allora il fatto lesivo dell' *individuo* diviene lesivo anche *della legge*. La lesione della legge aggiunge l' effetto *morale* all' effetto *fisico* della lesione materiale. E così col minorare la forza morale dell' autorità si aggiunge al fatto *direttamente* dannoso anche il carattere di *indirettamente* dannoso.

§. 124.

Perciò il fondamento della politica imputabilità del *dolo* e della *colpa* sta in questa combinazione della forza *morale* con la forza *fisica*. Bisogna che l' autorità offesa dal fatto *doloso* o *colposo* rialzi sè stessa nella opinione dei cittadini, chiamando l' offensore a dar conto di sè. Obiettandolo a lui e imputandoglielo a delitto, contrapone forza morale a forza morale. E mentre il delitto aveva eccitato i malvagi, e intimidito i buoni, essa intimidisce i malvagi e riconforta i buoni.

§. 125.

Se la colpa dovesse considerarsi come mero *vizio* d' intelletto, bisognerebbe esitare sulla sua politica imputabilità, e cercare a questa un pretesto altrove che nei principii cardinali del giusto. Ma poichè nella colpa trovasi bene un *vizio di volontà*, è un inutile errore l' insinuare che il fondamento della politica imputabilità della *colpa* sia il *sospetto del dolo*. Non può la giustizia imputare per un *sospetto*. E questa formula condurrebbe ad assurde conseguenze nel

Digitized by Google

graduare la imputazione dei fatti colposi. Sicchè la formula del *sospetto del dolo,* immaginata dal Carmignani per rendere ragione della *imputabilità* della *colpa,* è inaccettabile. Lo è del pari la formula insignificante dettata dal Mori, che i fatti colposi si imputino *per eccezione.* Lo è lo specioso ritrovato di Almendingen; il quale scorgendo nella colpa un solo vizio di intelletto andò a cercare il diritto della società di incriminare i fatti colposi nel bisogno di *correggere* i trascurati. Tutte queste speculazioni non varrebbero a far tranquilla la coscienza sociale sulla legittimità della repressione dei fatti imprudenti, se i medesimi non potessero farsi risalire ad un *vizio di volontà:* perchè il diritto di colpire un uomo per atti a lui non imputabili moralmente (§. 31) sul pretesto o di *emendarlo,* o di fare una *eccezione,* o di avere un *sospetto,* non potrebbe facilmente dimostrarsi competente all' autorità. Ma rettificata la genesi della colpa, tutte queste difficoltà si dileguano. Nessun moralista negò mai che dai fatti colposi nasca l' obbligo alla riparazione del danno recato. Ora se avviene che un fatto colposo non cagioni soltanto un *danno privato,* ma anche un *danno sociale* perchè minori nell' animo dei cittadini la opinione della propria sicurezza, è evidente che il fatto colposo obbliga alla riparazione anche di questo danno: e può per conseguenza imputarsi anche politicamente. Nel danno *politico* sta la ragione cardinale per cui diviene *imputabilità politica* la preambula *imputabilità morale.*

Digitized by Google

§. 126.

Il fondamento della politica imputabilità dei fatti *colposi* è dunque tutto analogo a quello dei fatti *dolosi*. Cioè danno *mediato* concorrente con lo *immediato*. Anche pei fatti *imprudenti* sente il buon cittadino minorata la *opinione* della sua *sicurezza*: e l'inclinato ad essere imprudente ne trae cattivo esempio. I fatti colposi, in quanto risalgono ad un vizio di volontà, sono moralmente imputabili, perchè fu un atto volontario il tenere *inerti* le facoltà intellettive. Il negligente benchè *non volesse* la lesione del diritto, *volle* però il fatto nel quale doveva conoscere possibile o probabile quella lesione. Laonde se avviene che i fatti imprudenti producano un male politico, debbono essere nella congrua proporzione e misura imputabili anche politicamente; perchè anche da loro si ha il risultamento politico che la offesa materialmente *particolare* rechi perturbazione morale *universale*, e il cittadino ha diritto di essere difeso non solo contro gli scellerati ma anche contro gli scioperati.

§. 127.

Grande differenza però intercede fra la imputabilità degli uni e la imputabilità degli altri in ordine al danno immediato. Il quale pei fatti dolosi può essere anche *potenziale*, può consistere nella lesione di un diritto *reintegrabile*, e può anche supplirsi per l'effetto della imputabilità dal *pericolo corso*, lo che non ricorre nei fatti colposi.

Digitized by Google

Questi non possono imputarsi agli effetti penali se il danno diretto cagionato da loro non consiste nello *effettivo* toglimento di un bene *non reintegrabile*. Non può accettarsi la eccentrica dottrina di alcuni (§. 366 nota) che hanno nè più nè meno sostenuto potersi incriminare anche i fatti colposi che non hanno cagionato alcun danno.

CAPITOLO IV.

Nozioni generali della qualità, quantità *e* grado *nei delitti.*

§. 128.

Fin qui abbiamo esaminato quali condizioni in genere debbano incontrarsi in un fatto onde l'autorità sociale possa avere diritto di *incriminarlo*. Ma trovate le condizioni della politica imputabilità di un fatto, non potrà però essere in arbitrio del legislatore di dare al fatto il battesimo di quello speciale delitto che a lui viene in fantasia; nè di imputarlo più o meno a piacimento suo. Esistono regole di assoluta ragione per limitare questo arbitrio e subordinarlo alle differenziali di casi concreti: nè dalle medesime può deflettere l'autorità sociale senza o tradire il principio della difesa, o trascendere il limite della giustizia. E queste regole si riassumono nella formula che i delitti devono imputarsi con debita proporzione alla loro *qualità*, *quantità*, e *grado*. Infatti quando non più guardasi il delitto in astratto nelle sue generali nozioni e condizioni, ma scendesi a contemplarlo nelle sue

Digitized by Google

speciali attuazioni, si trovano naturalmente tra specie e specie diversità importantissime: varietà di *qualità*, di *quantità*, di *grado*. Ecco le tre nozioni che seguendo la dottrina e nomenclatura esattissima della scuola italiana, rimangono a svilupparsi per completare la teoria del delitto.

§. 129.

Se tutti gli enti che si presentano agli occhi del nostro corpo o della nostra mente, fossero perfettamente identici, le idee di *qualità*, *quantità*, *grado*, sarebbero inconcepibili allo intelletto umano. Se gli enti fossero siffattamente distinti che non si ravvisasse tra loro nessun rapporto di identità, sarebbero per opposto motivo sempre indefinibili coteste idee. Ma gli enti che spettano ad un medesimo *genere* hanno più o meno fra loro dei caratteri *comuni* (rapporti di identità) e dei caratteri *distinti* (rapporti di varietà). E questi fanno sì che più enti, i quali per certi rapporti di identità attengono al medesimo *genere*, diversifichino l' uno dall' altro per certi rapporti di varietà, e così formino altrettante *specie* diverse.

§. 130.

Di qui nasce in primo luogo la nozione della *qualità*. *Qualità* in senso generale è ciò che fa che la cosa sia *tale qual' è*. Nei delitti la *qualità* è ciò per cui avviene che un fatto criminoso sia piuttosto un delitto che un altro delitto: è ciò che distingue *titolo* criminoso da *titolo* criminoso. La qualità esiste

Digitized by Google

negli enti per la intima loro natura, e si manifesta per la semplice comparazione di uno di loro con l' altro, senza bisogno di confrontarli con un *terzo termine* qualunque. Anche i fatti *non punibili* hanno in loro diversa qualità; anche le cose che non hanno *valore* possono presentare *qualità* distinte.

§. 131.

Ma quando, secondo le condizioni costitutive degli oggetti che si studiano, se ne è esattamente distinto il rapporto di *qualità*, nasce fra specie e specie il rapporto di *quantità:* e ne segue il bisogno di trovare il giusto criterio, sul quale si proceda a riconoscere in una specie una *quantità* maggiore che in altra specie. Ma perchè nasca il concetto di *quantità respettiva* fra due enti che già si siano conosciuti di *qualità diversa* per ragioni tutte *intrinseche* a loro, è necessario un *terzo termine* col quale i due enti si mettano in rapporto: per esempio il valore, la pena, o simili.

§. 132.

La *quantità* è ciò per cui fra diverse specie comparate fra loro esiste un rapporto di *più* o di *meno*.

§. 133.

Il calcolo del rapporto di *quantità* varia tra specie e specie secondo il diverso elemento che si assume come criterio per misurarla.

Digitized by Google

§. 134.

Così quando io confronto le condizioni ontologiche del franco con la moneta da cinque centesimi, ho il risultato che stante i molti caratteri di varietà che intercedono tra l' una e l' altra, le due monete sono di *qualità* diversa. Quando procedo poscia a calcolarne la relativa *quantità*, se assumo per norma del mio giudizio, per esempio, il *volume*, dirò che nei cinque centesimi vi è una quantità maggiore che nel franco: se assumo il *peso*, mi trovo alla stessa conseguenza: se invece assumo il *valore*, mi trovo a dire che il franco rappresenta una quantità maggiore della moneta da cinque centesimi. Così la formula risultante dalla ispezione di *quantità* varia col variare del *terzo termine* col quale si considerano in rapporto i due enti diversi.

§. 135.

Così nel delitto non basta aver distinto specie da specie, e averne ottenuto la nozione che un fatto criminoso (per esempio il furto) costituisce un *titolo* di delitto diverso da quello costituito da altro fatto criminoso (per esempio dall' omicidio). Con ciò ho esaurito la indagine sulla *qualità*. Ma ho bisogno di sapere inoltre quale dei due delitti è, rispetto all' altro, *più grave* per proporzionarvi la giusta imputazione. Questa è la indagine sulla *quantità*.

Digitized by Google

§. 136.

Con la prima giungo a conoscere, a modo di esempio, che l' atto di rubare fa sorgere un titolo di delitto diverso dallo uccidere. Con la seconda giungo a conoscere, per esempio, che l'omicidio rappresenta una quantità di male politico maggiore di quella che si riscontra nel furto. Se alla indagine sulla diversa *qualità* dei delitti non tenesse dietro la indagine sulla possibile differenza di *quantità* politica respettiva, la indagine sulla *qualità* sarìa puramente tecnologica e niente di uso pratico. La utilità della ricerca sulla *qualità*, o *titolo* dei delitti, è invece praticamente grandissima per la necessità di distinguere la quantità dei delitti che si sono trovati diversificanti nella *qualità*, onde a ciascuno attribuire la imputazione respettivamente dovuta.

§. 137.

Ma il giure penale non solo ha bisogno di determinare i *titoli* dei diversi delitti e la *prevalenza astratta* di un titolo sull' altro titolo. Il giure penale nella sua pratica applicazione non dovrà giudicare nè i *generi*, nè le *specie*, ma gli *individui*. Ora nei fatti individualmente contemplati può talvolta mancare qualche cosa alle condizioni ordinarie e *normali*. Ecco la *degradazione* del delitto.

§. 138.

Le due forze costituenti il delitto non sempre si svolgono in un solo momento. La volontà può per-

Digitized by Google

correre diverse fasi secondochè si accompagna da una intelligenza più o meno lucida o da una maggiore o minore libertà di arbitrio: e del pari la forza fisica può risultare da una serie più o meno prolungata di momenti secondo il numero degli atti occorrenti per giungere dal primo atto esecutivo fino all' atto consumativo. Questi momenti delle singole forze che compongono il malefizio costituiscono altrettanti *gradi* del medesimo. Quando ambedue le forze sono complete nei loro respettivi momenti il delitto sarà *perfetto:* sarà invece *imperfetto* quando all' una od all' altra di quelle forze mancò alcuno dei momenti necessarii ad integrarla. Allora i momenti o gradi mancati devono, nel calcolo della imputazione, sottrarsi dalla somma dei gradi che avrebbe presentato il delitto *perfetto;* ed imputarsi al giudicabile i soli gradi di delinquenza che rimangono dopo quella sottrazione. Così avviene che il delitto dicesi *degradato* (o minorato) senza che però muti di specie.

§. 139.

Quando con lo studio della qualità ho conosciuto che una moneta è diversa dall' altra moneta: quando con lo studio della quantità ho conosciuto che l' una ha un valore maggiore dell' altra: venendo poi ad applicare praticamente sugli individui questa seconda cognizione, posso cadere in errore, ove io non prenda ancora ad esaminare in *ciascun individuo* se in lui si riscontrino cause di *degradazione.* Questo esame può talvolta portare al risultamento che quella moneta la quale per la sua specie

Digitized by Google

avrebbe dovuto avere un valore maggiore dell'altra, lo abbia invece minore per la sua individuale degradazione, per esempio se è guasta o corrosa.

§. 140.

Così nel delitto dopo conosciuto che ai due fatti rispondono titoli distinti, e che dei due titoli l'uno è più grave dell'altro, può avvenire che applicando queste nozioni ad un fatto individualmente guardato, vi trovi una deficienza nelle condizioni ordinarie della sua specie. Di guisa che quel fatto particolare che contemplo, sebbene appartenente ad una specie che d' ordinario rappresenta una quantità maggiore di altra specie, pure per questa sua degradazione venga ad averne una minore (1).

(1) Tutte le circostanze che nel linguaggio pratico e legislativo si dicono *aggravanti* nei delitti speciali (come la effrazione nel furto, la insidia nel ferimento, la violenza nell' adulterio, e tutte altre simili) non tengono alla teorica del *grado* del delitto, ma della sua qualità e *quantità*. Tali circostanze aumentano la *quantità* politica del delitto, o perchè esprimono la violazione di più diritti, o perchè minorando la potenza della difesa privata aumentano il danno mediato. L' effetto di tali circostanze è quello di cambiare il *titolo* del delitto (sia che ne cambino il nome ordinario; sia che al nome ordinario portino l' adiezione di un predicato odioso) e così mutano la *specie:* non la degradano nè l' aggravano (§. 201, e segg.) È in questo senso che le aggravanti non appartengono alla teoria del *grado*. Ciò che aumenta la *quantità* del delitto cambia l' ente giuridico; ne fa diversa la specie. Il grado presuppone mantenimento del titolo ordinario. Questa verità si è posta recentemente in dubbio da un eru-

Digitized by Google

dito scrittore nella configurazione dell' *omicidio premeditato* volendosi sostenere che la premeditazione appartiene al grado del delitto. Simile assunto non si può ragionevolmente dimostrare tranne col supporre che il *tipo normale* dell' omicidio sia l' omicidio *premeditato*. In tale supposto la premeditazione non sarebbe neppure allora un grado: sarebbe la costituente del tipo normale del delitto; ed un grado ne sarebbe la istantaneità della risoluzione, come ne è un altro grado l' impeto dell' ira, il timore, e simili. Un *grado per insù* è formula ontologicamente inconcepibile nella nozione dei delitti perchè dal grado nasce la degradante; cioè sempre un *meno;* mai un più. Ma io non ammetto che il *tipo normale* dell' omicidio sia nell'omicidio premeditato, perchè il tipo normale di ogni delitto si ha quando nel fatto ricorrono tutte le condizioni *essenziali* a costituirlo. Ora a costituire il tipo normale dell' omicidio è essenziale l' uomo morto e la volontà determinata ad uccidere, ma niente affatto è essenziale che lo agente siasi *trattenuto* ed abbia *persistito* per un *intervallo di tempo* in quella determinazione di uccidere. Dunque la premeditazione non è una *essenzialità del titolo* di omicidio. Dunque dove ella si incontri non è un *grado*, ma una *aggravante*. È questo l' unico criterio col quale possono distinguersi le *aggravanti* dalle *degradanti* o *minoranti*. Abbandonando questo non può non cadersi in perpetue confusioni.

§. 141.

La quantità *astratta* rimane sempre la istessa. Ma si modifica la gravità *concreta* del malefizio per una accidentale deficienza nei suoi elementi costitutivi. Questo è ciò che determina il *grado* del delitto. La differenza fra ciò che attiene al *grado* e ciò che attiene alla *quantità* del delitto, risponde alla differenza fra ciò che *denatura* un ente e ciò che lo *degrada* senza denaturarlo. In termini gene-

Digitized by Google

rali può dirsi, come vedremo fra poco, che la modificazione nella quantità discende dal rapporto oggettivo, e la modificazione del grado dalla contemplazione soggettiva del malefizio.

§. 142.

Siffatta modificazione, e così l' effetto del *grado* nel delitto, può spingersi sino al punto di far *cessare* ogni politica imputabilità; come la degradazione di una moneta può giungere a tale da renderla di nessun valore.

§. 143.

Quando opera cotesto effetto la circostanza è *scriminatrice* (o *dirimente*): negli altri casi dicesi *escusante* (o *minorante*). Formula che male si adopprerebbe nel primo caso; perchè dove sparisce la idea di delitto non trova termini abili la idea di *scusa*.

§. 144.

Anzi in questa ultima applicazione anche la denominazione di *grado*, se bene si considerà, è meno esatta; perchè nella *negazione* di un essere non vi è un *grado* dell' essere. Pure per servigio dell' ordine si riunisce la trattativa delle *minoranti* e delle *dirimenti*, e sì le une come le altre si richiamano alla teorica del *grado*, quantunque quest' ultime non *degradino* il delitto ma lo *distruggano*.

Digitized by Google

§. 145.

Quando due reati si unificano nel criterio della qualità, della quantità, e del grado debbono per giustizia identificarsi nella loro *imputazione*. Giacchè sebbene per legge mirabile di natura non vi possano essere due enti materiali perfettamente identici, opponendosi a ciò le infinite varietà dello spazio nel luogo e nel tempo, si può avere dall' uomo la nozione della identità negli enti ideali, che appunto si astraggono da ogni considerazione di spazio. Onde sebbene due fatti debbano sempre diversificare nelle circostanze materiali; pure quando si guardano nel loro rapporto ideale con la legge, i delitti che ne risultano saranno identici nella loro condizione di enti giuridici, purchè non sia tra loro varietà nella qualità, nella quantità, e nel grado.

CAPITOLO V.

Criterio della qualità *nei delitti.*

§. 146.

In qualunque scienza la *qualità* è quella che guida ad ordinare gli oggetti della scienza stessa. Nel giure penale la *qualità* dei delitti è quella che serve alla loro *classazione*.

§. 147.

Ma nell' ordinare la classazione degli oggetti di una scienza, e così nell' assegnare loro la respettiva

Digitized by Google

qualità, non si può prescindere dal prendere di mira *un elemento particolare di rapporto* fra oggetto ed oggetto. Ora la difficoltà del ben classare dipende dal trovare il più esatto criterio di rapporto che per lo scopo della scienza sia a prendersi in considerazione a cotesto servigio.

§. 148.

Altrimenti operando si istituiscono classi confuse, e si arrecano tenebre ove vorrebbe portarsi la luce. Chi classasse (a modo di esempio) i corpi secondo il colore si troverebbe a porre l' oro con l' olio, ed il sangue con il vino, nella medesima classe. Errore grossolano.

§. 149.

Dunque non tutti gli attributi di un ente sono accettabili come criterio della sua *qualità:* ma quelli soli che ne costituiscono la *essenza* speciale. Tutta l' arte del ben classare consiste nel distinguere gli *accidenti* dalla *sostanza* (1).

(1) Ciò si dimentica spesso, e si fanno critiche irragionevoli. Vedi la nota al §. 3196.

§. 150.

Ma la *essenza* del delitto (intendendo sempre sotto questo vocabolo il delitto vero e *proprio*, ben diverso dalle *trasgressioni* (1) di *polizia*) sta nella *violazione di un diritto* protetto dalla legge penale. Dunque il più retto criterio per ben definire la *qua-*

Digitized by Google

lità dei delitti ed esattamente classarli, è quello desunto dalla *diversità del diritto leso* (2).

(1) Le *trasgressioni* (cioè le violazioni delle leggi che proteggono la *prosperità*, non il *diritto;* leggi che hanno il loro fondamento nel solo principio della utilità) si classano secondo il *diverso bene* che vuolsi procurare con lo interdire quei fatti che costituiscono le trasgressioni medesime. Non potrebbero classarsi sulla norma del *danno*, o del *diritto* violato, perchè in loro non vi è nè *danno*, nè *violazione* di *diritto:* almeno per essenza loro non lo esigono. Non sarebbe dunque possibile nella classazione delle trasgressioni applicare il criterio col quale si classano da noi i delitti. Non potrebbe ricorrersi al *dolo*, perchè non vi è come elemento necessario. Non potrebbe ricorrersi alla *spinta*, nè (sfruttando il pensiero che l'ottimo Ellero esternò circa la classazione adottabile nelle leggi puramente *preventive*) potriano classarsi secondo la *passione* movente, per la solida ragione che nelle trasgressioni non sempre ricorre una *passione* che muova il trasgressore. Laonde è propriamente necessario ed inevitabile nei regolamenti di polizia desumere la classazione delle contravvenzioni dal diverso *bene* protetto con le proibizioni di certi atti, anche moralmente innocenti e che non recano *attuale* violazione o pericolo al diritto. E tale è il metodo generalmente osservato in coteste materie.

(2) La considerazione del *diritto leso* portò Lucas ad un risultato diverso dal nostro. Egli divise i delitti in tre grandi classi — delitti *contro le persone* — delitti *contro le proprietà* — delitti *misti*. Questa classazione può servire per uno studio statistico; non per la teoria penale nè per un codice. Inoltre essa non lascia sede pei delitti politici. Del che per altro non si turbò Lucas che aveva negato recisamente cotesta classe. Inadeguate per la scienza sono del pari le classazioni che si desumono dall'*azione*, o dalla *pena*, l'ultimo dei quali criterii introdotto per la prima volta in Fran-

Digitized by Google

cia nel codice del 1791, e colà riprodotto nel 1810, ha invaso molte Legislazioni contemporanee benchè rinnegato dalla scienza e pericoloso nella pratica, come altrove dimostrerò. Inaccettabili finalmente per gli usi della scienza penale sono le classazioni che si volessero desumere dal *dolo* o dalla *spinta* criminosa. Vedasi Carmignani *teoria della sicurezza sociale vol.* 2, *cap.* 6.

§. 151.

E sebbene il diritto non si leda che con l' atto fisico, pure la formula da noi usata — *varietà del diritto leso,* non è identica all' altra — *varietà dell' atto fisico* — perchè due atti fisici simili possono essere diretti da ciascuno degli agenti a violare due diversi diritti, e per la influenza dello elemento intenzionale sulla essenza del delitto, può (malgrado la identità di atti fisici) nascerne diversità di delitti a cagione della diversità della intenzione dell' agente che l' atto fisico indirizzava a ledere un diritto piuttosto che un altro. Invano dunque si cercherebbe nella forza fisica soggettiva il criterio della qualità.

§. 152.

Questa avvertenza risale al gagliardo principio che il *delitto* agli occhi della scienza non è un *ente materiale,* ma un *ente giuridico:* laonde il suo *oggetto* non è la cosa o l' uomo, ma il precetto violato. Cosicchè variando il diritto attaccato, varia il precetto protettore del medesimo, e varia l' ente ideale che si chiama delitto. Così l' identico fatto, per esempio dell' atterramento di un albero, con lo

Digitized by Google

identico risultato dello atterramento; può costituire ora il titolo del danno dato con ingiuria, ora del furto, ora della ragion fattasi, ora del turbato possesso; secondo il diverso fine dell' agente.

§. 153.

In tal guisa viene a chiarirsi che l' *oggetto* del delitto si deve (se vuolsi usare un linguaggio che esattamente risponda ai bisogni scientifici e pratici) ravvisare nella legge violata, e desumerlo dal *fine* dello agente. E questa è la ragione per cui atti materiali perfettamente simili, dei quali Cajo abbia usato per violare un diritto, e Tizio per violarne un altro, fanno nascere due delitti *essenzialmente* diversi (1).

(1) In questi casi avviene il fenomeno che la diversa oggettività *ideologica* (fine dello agente) del fatto modifichi la sua oggettività *giuridica* (diritto aggredito). La oggettività giuridica può guardarsi in un senso *generale;* ed allora si rappresenta tanto dal danno *immediato* quanto dal *mediato.* Ma in un senso più stretto e proprio la oggettività *giuridica* può guardarsi come il contrapposto della oggettività *politica:* ed in tal senso quella si rappresenta dal danno *immediato,* e questa si rappresenta dal danno *mediato.* Quando si dice che la oggettività *giuridica* è la norma della classazione dei delitti si usa quella formula nel senso stretto, e così come rappresentante del diritto (o particolare o universale) *direttamente* aggredito. La oggettività *politica* (danno mediato) essendo comune a tutti i delitti, non può offrire differenza di qualità, nè servire alle classificazioni. Le funzioni del danno mediato sono soltanto due — 1.° convertire in *delitto* un fatto umano che senza quello non potrebbe (quantunque immo-

Digitized by Google

rale e nocevole dichiararsi delitto — 2.° servire di criterio misuratore della quantità dei delitti, come a suo luogo (§. 192) mostrerò.

§. 154.

Ora, tornando a ciò che dicemmo in proposito del danno *immediato*, si trova che questo può essere o *pubblico*, ossia *universale*, o *privato*, ossia *particolare*; secondo che il malefizio viola un diritto *particolare* o un diritto *universale*. Di qui la prima divisione dei delitti in offese contro la *sicurezza pubblica*, e offese contro la *sicurezza privata*.

§. 155.

Ma la offesa alla sicurezza *pubblica* può estrinsecarsi con un attacco alla società nell' *autorità* che la rappresenta, e con un attacco alla società nei *membri* che la compongono.

§. 156.

Le offese alla pubblica sicurezza nel primo caso assumono il nome di *delitti politici proprii* o *diretti*; perchè il danno immediato risultante dall' attacco contro la *persona morale* (società) non ferisce se non consequenzialmente gli *individui* che la compongono in qualunque dei loro *diritti particolari*; ma li ferisce *tutti* nel diritto che tutti e ciascuno di loro hanno a veder rispettato l' ordine politico dal quale attendono la loro tutela giuridica: lesione della *città*, perchè lesione di un diritto universale che da tutti i consociati si gode.

Digitized by Google

§. 157.

Le offese alla sicurezza pubblica nel secondo caso si dicono *delitti politici improprii*, o *indirettamente tali*. Anche in questi il danno *immediato effettivo* si sente soltanto da pochi individui, od anche da nissun individuo nel suo particolare. Ma il delitto ferisce tutti i congregati; perchè tutti ne sono offesi, non solo *moralmente* per timore di una *ripetizione* (lo che atterrebbe al danno *mediato*) ma *materialmente* per gli effetti del fatto *già consumato* che ha violato un diritto a *tutti loro* spettante. È *effettivo* il danno immediato nel rapporto del diritto *astratto:* nel diritto cioè di vedere rispettata quella cosa a cui *tutti* hanno interesse. Può non essere *effettivo*, ma è sempre *potenziale* nel rapporto del toglimento di *un bene concreto* ai cittadini. Questa *potenza* la sviluppano simili delitti contro *tutti* indistintamente i consociati; e perciò si riferiscono alla classe dei delitti *sociali* o *politici*, perchè hanno un danno *immediato universale*. Ma siccome l' autore di questi non intende ad attaccare la *persona morale* della società, così si dicono politici (o sociali) *indiretti*.

§. 158.

Tanto nei delitti *politici diretti* quanto nei *politici indiretti*, la massa dei cittadini è offesa nel suo *patrimonio politico*, non solo in quanto attiene alla mera *opinione* della sicurezza, ma veramente anche in ciò che costituisce la *sicurezza;* perchè la sicu-

Digitized by Google

rezza di tutti i consociati ha il suo palladio nelle istituzioni sociali che sentono offesa col delitto politico così diretto come indiretto.

§. 159.

I delitti contro la giustizia, contro il culto religioso, contro la quiete pubblica, contro la pubblica fede, contro il gius delle genti, contro la pubblica morale, contro la pubblica sanità, spettano a questo secondo membro della prima classe. In tali delitti ricorre il carattere distintivo comune di non esigere alla loro *perfetta consumazione* la *effettività* del *danno immediato* particolare. Il danno *universale* trova la sua *effettività* nella semplice offesa al *diritto* attaccato, quando questa è perfetta nelle sue speciali condizioni. E la prevalenza del diritto *universale* o *pubblico* sul diritto *particolare* o *privato* (prevalenza che si sente da ciascuno) porta a cotesta regola, che sia indifferènte alla perfezione di tali delitti che ricorra la effettività o solo la potenzialità del danno *immediato;* come mostreremo (§. 374) in seguito.

§. 160.

Questa divisione dei delitti in due grandi classi, secondo che immediatamente attaccano o i diritti *naturali* di uno o di *alcuni* determinati individui, o attaccano invece i diritti *sociali,* e così i diritti di *tutti* i *consociati;* sembra esteriormente la riproduzione della divisione del Carmignani in delitti *politici* e *politico-civili:* ma il concetto ne è sostanzialmente difforme. Carmignani nel suo

Digitized by Google

pensiero dimentica la personalità di tutti i cittadini nella personalità dello Stato, e dona a questa personalità ideale una somma di diritti che considera come tutti suoi proprii. E prendendo di mira la società come ente di per sè stante, trova i delitti *politici diretti* nella offesa recata a tale persona giuridica, senza guardare il diritto dei consociati alla di lei esistenza. Il diritto, secondo questa idea, è nello *Stato,* come secondo altre idee era nella *persona* del principe. Poi immaginando quasi dei puntelli a quella persona nelle istituzioni per le quali si rafforza lo Stato, trova nelle offese a tali istituzioni i delitti che chiama *politici indiretti.* Così gli avvenne che il falso pubblico e nummario, e le offese alla finanza e alla salute pubblica, gli rimasero come anomali; e gli avvenne altresì di dover, con non molta esattezza, noverare come *istituzioni sociali* la quiete pubblica e il gius delle genti. La nostra divisione invece non si ferma a cercare i diritti nella persona dello Stato. Guardiamo la massa dei consociati. Se il delitto offende tal cosa a cui *tutti* hanno interesse e diritto comune, diciamo questo un delitto di danno *immediato universale,* e lo poniamo nella classe dei delitti politici; che preferiamo chiamare *sociali,* perchè tale comunanza di interesse e di diritti non può nascere che dalla associazione. E se il fatto offende invece una cosa sulla quale non abbiano diritto gli altri cittadini tranne il paziente del fatto criminoso, lo diciamo delitto di *danno immediato particolare.* E poichè cotesti diritti all'individuo li dà la natura, a tali delitti (che sono presso a poco i delitti *politico-civili* di Carmignani) diamo il nome di *naturali.*

Digitized by Google

§. 161.

Delitti *naturali,* o contro la sicurezza *privata,* sono dunque quelli nei quali il danno *immediato* è *particolare:* vale a dire che il danno tanto *effettivo* quanto *potenziale* non colpisce che un *numero limitato* di individui. L'attacco ad un diritto *individuale,* che nei reati della prima classe può non essere, qui è sempre presupposto. Essi non offendono che i *diritti naturali* dell'uomo; e la indole *politica* l'assumono tutta dal solo danno *mediato.*

§. 162.

Questi si suddividono secondo il *diverso bene* a cui si riferisce il diritto offeso nell'individuo. Con tale criterio, trovando che i *beni* dello individuo possibilmente offendibili dall'azione malvagia si riducono a sei categorie; in sei membri si parte questa seconda classe, secondochè l'azione criminosa ha attaccato nell'uomo che ne fu passivo, o il diritto alla vita; o alla integrità delle membra; o alla libertà individuale; o all'onore; o alle sue relazioni di famiglia; o agli averi (1).

(1) I primi tre diritti sono *originarii* (o *connati*) perchè nascono nell'uomo col nascere suo; e sono un intimo contenuto della sua personalità, indipendentemente da ogni suo fatto e da ogni suo contatto esteriore. Il quarto (diritto all'onore) è pur esso originario ma nasce dal rapporto che l'individuo ha con gli altri suoi simili indipendentemente da

Digitized by Google

ogni suo fatto, perchè l' onore nostro è un patrimonio che tutto sta nella opinione dei nostri simili, cioè fuori di noi. Il quinto ed il sesto hanno un che di *acquisitivo* perchè si producono nello individuo dal fatto di un suo *congiungimento* con qualche esteriorità: cioè dal congiungimento con altre persone si produce il diritto di famiglia; dal congiungimento alla nostra persona di cose inanimate il diritto agli averi. Ma tutti sono diritti *naturali*, perchè l' uomo ne è investito indipendentemente da qualunque forma di consociazione civile.

§. 163.

Ciascuna di quelle classi ammette poi delle suddivisioni dipendenti, o dalla *sostanza* della offesa, o dalla *forma* e condizioni della sua esecuzione: dall' una e dall' altra quando trattasi di diritti *complessi:* dalla sola *forma* della sua esecuzione, quando trattasi di diritti *semplici* (1).

(1) *Semplice*, a modo di esempio, dicesi il diritto alla vita; *complesso* il diritto che suddividesi in altri subalterni diritti. Tale (per esempio) il diritto di proprietà, che sviluppa lo *jus possidendi, utendi, vindicandi*, ec. ec.

§. 164.

La classazione dei delitti non tiene alla mera nomenclatura. Ha una influenza essenziale: perchè dal collocare un fatto criminoso in una classe piuttosto che in altra può derivarne che si modifichi la sua quantità e la sua imputazione, e talvolta persino se ne alterino le condizioni essenziali.

Digitized by Google

§. 165.

Una grave difficoltà nella scienza nostra incontra la classazione dei delitti quando, come spesso avviene, in un unico contesto di azione criminosa *si viola più di un diritto.*

§. 166.

In primo luogo (e questa è regola impreteribile) deve distinguersi se la violazione di più diritti fu operata per servire a *diversi fini* del colpevole indipendenti l' uno dall' altro; o se il reo non tendeva che ad *un solo fine* pel quale violava un diritto, e della violazione dell' altro diritto si valeva come *mezzo* per giungere a quello.

§. 167.

Nel primo caso si considerano le azioni come *separate*, perchè in verità sono tali e *materialmente* e *intellettualmente*. E tanti sono i fini, tanti sono i titoli di reato; dei quali ciascuno si misura e si giudica indipendentemente dall' altro. Se il delitto fosse un ente *materiale*, la concomitanza puramente *materiale* di luogo e di tempo potrebbe unificare due fatti in un solo delitto. Ma esso è un ente *giuridico* che consta dell' elemento *materiale* e dell' elemento *ideologico*. Perchè si abbia nesso *giuridico* tra fatto e fatto bisogna dunque che siavi anche nesso *ideologico*, cioè connessione di mezzo a fine. Altrimenti i due *atti volitivi* indipendenti (quantunque concorrenti) ne fanno due delitti.

Digitized by Google

§. 168.

Nell' altro caso si ha un *solo* (1) delitto. Ma per conoscere a qual titolo esso pertiene occorre una seconda distinzione: o nella violazione del diritto, della quale si valse come *mezzo* il colpevole, non si configurerebbe un titolo di reato di per sè stante; o anche questa violazione costituirebbe, se fosse sola, un titolo speciale di malefizio.

(1) Dissente Tissot (*droit pénal tom.* 1, *pag.* 82) affermando che si hanno sempre *due delitti* malgrado l'unico *fine*. Ma se si guardassero come *due delitti* quando l' *atto volitivo* è uno, s' imputerebbe *due volte* la istessa determinazione. L' elemento intenzionale imputato in un delitto, tornerebbe ad imputarsi nel secondo delitto. È la istessa ragione su cui si fonda la teoria del delitto *continuato* (§. 517). Si ha una determinazione volitiva *complessa;* nascerà un delitto *complesso* (§. 50): ma è un *delitto solo*. Chi determinossi a rubare mediante scasso è reo di una sola determinazione criminosa. Chi determinossi a rubare e stuprare è reo di due determinazioni. È questa la dottrina dei delitti *pedissequi* (o *ausiliari*) che il Mori nella sua teorica del codice penale anatemizzò con grande acrimonia, dimenticando che nel suo codice penale egli stesso (tratto dalla prepotenza del vero) avea dovuto attuarla; per esempio nel furto con violenza e con scasso, nelle lesioni per commettere stupro, e altri simili. Quando si vuole rovesciare una dottrina consacrata dalla sapienza dei secoli bisognerebbe almeno essere coerenti a sè stessi.

Digitized by Google

§. 169.

Nel primo caso il reato che sorge per la violazione del diritto alla quale l' agente tendeva come fine, non cambia classe. Rimane sempre l' istesso titolo: e l' averla ottenuta mercè la violazione di altro diritto costituisce una *qualità aggravante*, che può talvolta variar *nome* al reato principale, ma non ne altera la classe.

§. 170.

Nel secondo caso sorge una terza distinzione. O il diritto violato come mezzo era meno importante del diritto alla cui lesione come fine tendeva lo agente, od anche era di *uguale importanza:* ed allora il reato che servì di mezzo si tiene come pedissequo e famulativo all' altro; ne aggrava la imputazione; può anche mutarne il *nome;* ma si compenetra con quello senza mutarlo di classe. O invece il reato che servì di *mezzo* era *più grave* di quello che lo agente si proponeva come *fine:* ed allora il fatto esce dalla classe del delitto fine per far passaggio nella classe a cui spetta la infrazione servita di mezzo, e talvolta serba il *nome* che gli dava la violazione usata come mezzo, per esempio incendio a fine di furto: talvolta muta anche *nome;* così l' omicidio a fine di furto dicesi latrocinio. È il *fine* allora che modifica la imputazione del *mezzo;* non è il *mezzo* che qualifichi il *fine* (1).

(1) Come svolgimento del principio *obiettivo* e della regola cardinale che determina la nozione dei singoli malefizi

Digitized by Google

secondo la *diversità del diritto leso,* trasse la pratica la divisione dei delitti in *propri ed improprii.* Distinzione che poi passò nelle moderne legislazioni, ed è imperitura perchè fondata sopra un criterio assoluto e costante.

CAPITOLO VI.

Criterio della quantità *nel delitto.*

§. 171.

Rinnegato il sofisma draconiano che affermava la uguaglianza di tutti i delitti, è concorde oggidì la dottrina che i diversi reati presentino differente *quantità* politica; cosicchè debba ai singoli reati adattarsi una diversa misura di imputazione.

§. 172.

Ma se ciò fece sentire a tutti i criminalisti il bisogno di trovare la formula secondo la quale misurare si dovesse la *quantità* dei malefizi, essi non furono per altro concordi nel definire il *criterio* più retto di cotesta *gravità relativa.* Per lunga stagione questo punto di dottrina rimase in quella confusione e perplessità nella quale lo avevano lasciato i giureconsulti romani per non avere avvertito alle due distinzioni, che sono radicali nella scienza penale, fra *imputazione* e *pena,* e fra *grado* e *quantità* nei delitti. A questo punto le indagini del giurista si debbono fermare sulla *imputazione* e *sulla quantità:* e la *quantità* debbesi contemplare nella *specie criminosa* e non nell' *individuo* o fatto spe-

Digitized by Google

ciale. Tutto ciò che per considerazioni politiche può condurre a modificare la pena è estraneo alla presente ricerca, perchè modifica la pena senza che sia *alterata la quantità del delitto* guardato in sè *stesso*. Ciò dovremo contemplare alla distinta trattazione della *quantità della pena*. Del pari tutto ciò che può presentare una scusa nel *fatto concreto* (individuo) età, passione, infermità di mente, o simili, non appartiene alla teorica della *quantità del delitto* ma a quella del *grado*, perchè la quantità del delitto guardato nella sua *specie* rimarrebbe la stessa; e soltanto se ne degrada la imputazione, perchè (eccezionalmente ai caratteri generali della specie) si incontrano in quella individualità criminosa condizioni minori dell' ordinario nelle forze soggettive. Ciò troveremo alla teorica del *grado*. La ricerca sulla quantità del delitto, così coartata nel suo vero punto di vista ed isolatamente dalle altre teoriche, si incominciò a contemplare verso la metà del secolo passato; e simile delimitazione di ricerca fu quella che portò grandissima luce nella scienza penale. Enucleata così la *ricerca della quantità* del delitto, nacquero intorno alla medesima diversi sistemi.

§. 173.

Tre sono i principali sistemi oggidì prevalenti nelle diverse scuole. Quello di Beccaria, svolto dal Carmignani, che desume dal *danno sociale* la quantità dei delitti. Quello ideato da Romagnosi, che la desume dalla *spinta criminosa*. Quello propugnato dal Rossi, che vuole rintracciarla nella importanza del *dovere* violato. Noi se-

Digitized by Google

guitiamo il primo sistema, ritenendo non accettabili gli altri due.

§. 174.

Non è accettabile il sistema iniziato da Romagnosi; perchè, in primo luogo, esso presenta il vizio di desumere la misura del fatto non dalle *condizioni intrinseche* al fatto stesso ma dalla sua *causa,* che è tutta *fuori del delitto* che vuole misurarsi.

§. 175.

Infatti la *spinta criminosa* si riscontra da Romagnosi nel concorso di questi tre impulsi che hanno determinato l' uomo a delinquere — 1.° *utile sperato* dal delitto — 2.° *facilità* di commetterlo — 3.° speranza di *impunità.*

§. 176.

E secondo lui dovendo nella pena ravvisarsi soltanto un riparo al pericolo del delitto, ed ogni forza repellente dovendo per buona dinamica proporzionarsi alla forza impellente, quanto più in un determinato fatto furono energici quei tre impulsi a delinquere che costituiscono la *spinta,* tanto più deve essere energica la *controspinta;* cioè la imputazione che le contrappone l' autorità sociale.

§. 177.

Ma cotesto argomento, oltre al vizio radicale che testè accennammo, di misurare la gravità di un

Digitized by Google

fatto da un elemento *estrinseco* al fatto stesso, non corre poi rimpetto alla considerazione del torna-conto sociale.

§. 178.

L' autorità sociale nell' esercizio del magistero punitivo non può procedere secondo l' accidentalità delle *cagioni* di un fatto, ma secondo il rapporto tra il *male del delitto* e il *male della repressione.* Ciò emerge per logica necessità dal principio che l' autorità non è armata della giustizia penale se non pel mantenimento dell' ordine. Onde ove il male del reprimere soverchi il male del delitto, la repressione conduce ad un novello disordine, anzichè ristabilire l' equilibrio rotto dal primo turbamento (1).

(1) L' autorità sociale deve tener dietro alla *causa dei delitti* quando aggirandosi nell' ufficio del buon governo, studia i modi di prevenire direttamente i crimini futuri, antivenendo loro con ispengerne le cagioni. Su ciò possono vedersi Sonnenfels *scienza del buon governo* — Den Tex *de causis criminum, Amstelodami* 1847; ed altri molti che se ne sono maturamente occupati,

§. 179.

Nè il principio della giustizia assoluta, al quale è subordinato il magistero penale, comporta che per regola invariabile si accresca all' uomo la sua responsabilità, non per un aumento del male che ha recato o disegnato recare, ma per l' accidentalità di certe cagioni; e così per un calcolo della probabilità maggiore o minore del rinnovarsi del delitto. Al

Digitized by Google

colpevole deve *imputarsi* il suo fatto in ragione di ciò che sta nel fatto e nelle sue conseguenze: le *cause* che lo spinsero ad agire non sempre sono imputabili a lui, nè possono fornire un criterio costante della sua *imputazione* (1).

(1) Tanto è lunge che la *facilità* di delinquere aumenti la gravità politica del delitto, quanto è certo invece — 1.° — che gli *ostacoli superati* per delinquere mostrano maggiore tenacità di pravo volere, e così rivelano nel delitto una maggior forza morale soggettiva — 2.° — che la facile *occasione di delinquere* si vuole da insigni criminalisti sia invece una scusa minorante la imputazione. Vedasi la nota 2 al §. 343.

§. 180.

La teoria della spinta non può avere dunque apparenza di giustizia, se non appo coloro che tenaci al solo principio della *difesa*, la idea della giustizia assoluta vorrebbero tolta affatto dal magistero penale, riducendone la legittimità ad una giustizia tutta fattizia, che libra la sua lance sul solo pernio (pur troppo elastico) della politica utilità.

§. 181.

Ma inoltre il sistema della spinta criminosa portato alle sue pratiche applicazioni (e specialmente se si assume qual norma primaria per confrontare tra loro delitti di titolo diverso) conduce ad esorbitanti conseguenze; elevando al massimo grado certe delinquenze che il consenso di tutti i popoli riguardò sempre come di minore importanza: av-

Digitized by Google

verso le quali spiegando i più energici mezzi di repressione, si risica di cagionare maggior nocumento con la *difesa*, che non se ne tema dalla *offesa*. Facile infatti egli è a dimostrare che, a modo di esempio, il furto dovrebbe nella scala dei delitti rappresentare una gravità maggiore dell' omicidio se la relativa gravità dovesse calcolarsi sui criterii dell' utile sperato, della sperata impunità, e della facilità di commetterlo. Oltre a ciò confrontando ancora i diversi fatti che pertengono al medesimo titolo sulla norma delle diverse cagioni, si viene a delle conseguenze che repugnano al senso morale di ognuno ed alla pratica universale. Colui che ha rubato per salvarsi dal carcere imminente di cui lo minacciano i creditori (idea spaventosa che ruinò troppo spesso anche al suicidio) ha senza dubbio una spinta maggiore di chi rubi per procacciarsi il denaro onde fare un viaggio di piacere. Imputerassi dunque più quello di questo? Si imputerà più la uccisione di un inviso rivale che la uccisione di uno sconosciuto, consumata per lieve cagione, senza profitto nessuno? Il criterio della spinta, che non risponde al tornaconto sociale, non risponde nemmeno alle gradazioni della moralità dell' azione; perchè urta un sentimento incancellabile nel cuore dell' uomo, pel quale si commisera più facilmente un delitto quanto più potenti ed energiche sono state le cause che hanno traviato il colpevole (1). Ogni regola perchè sia giusta bisogna che torni vera tanto in senso *affermativo*, quanto in senso *negativo*. Così se la quantità del delitto dovesse *aumentarsi* per l' aumento della spinta, dovria non solo aumentare *sempre* dove la spinta si accresce, ma dovrebbe

Digitized by Google

decrescere dove decresce: e così divenire *minima* dove la spinta fu piccolissima. In un omicidio commesso per solo impulso di brutale malvagità, di pieno giorno, e in luogo popoloso, non vi fu nessuna speranza di impunità, nessun utile nel commetterlo; dunque infimo grado di spinta nei suoi principali elementi. Ad evitare queste assurde conseguenze quei moderni, che proclamandosi seguaci di Romagnosi ne esagerarono le idee, le generalizzarono più che ei non avesse fatto, e in certa guisa ne travisarono il sistema, ebbero ricorso ad un nuovo criterio tutto differente. Essi intrusero nel calcolo della *spinta* lo elemento della *audacia*: ma, per la inseparabile opposizione che sta fra l' *audacia* da un lato, e la *facilità* di eseguire un delitto e il calcolo della sua *impunità* dall' altro lato, è evidente che l' elemento dell' *audacia* non svolge la dottrina di Romagnosi, ma la varia e la distrugge in radice.

(1) La teorica della *spinta* si volle accettare dal Feuerbah, il quale tentò di congiungerla con la sua dottrina fondamentale della intimidazione. Ma ne ebbe censura dallo Jonge *(de delictis vol. 2, pag. 269)* che appunto osservò — *Haec doctrina erroribus non vacat: non omnes noxii* stimulis animi *ex sensibus originem ducentibus, ad voluptatibus sensibus percipiendis fruendum moventur: uti ex. gr. illi qui male intellectis religionis vel libertatis studiis ad delicta committenda impelluntur: et perpaucae poenae variis stimulis animi motuum opponi possunt. Tandem delictorum gravissimorum* stimuli animi vel causae *minimi esse possunt.* Quali sieno le conseguenze alle quali porta la dottrina della spinta assunta come misura della quantità del delitto, ce lo mostrano tutti coloro che ne hanno svolto le

Digitized by Google

logiche deduzioni. A modo di esempio, il Bensa (*summa juris naturalis lib.* 9, *art.* 2, *pag.* 185, *Paris* 1855) ne trae diritto la conseguenza che dovendo la quantità del delitto proporzionarsi al bene che ne spera il colpevole ed alla probabile impunità, i delitti di prova difficile debbono punirsi più severamente per questa sola ragione che sono di prova più difficile. Tale conseguenza è una deduzione strettamente logica del principio assunto: ma tale conseguenza è inaccettabile: dunque il principio è fallace. Il *bene* agognato dal delinquente non può entrare nel calcolo della quantità criminosa se non sotto la forma di un aumento di *male*. La società non vieta certe azioni perchè invidii allo agente il bene che potrebbe conseguirne, ma perchè intende ad impedire il *male* che ne verrebbe ai cittadini. Il calcolo della *quantità* deve essere puramente *oggettivo*.

§. 182.

Il sistema di Rossi ha tutta la sua specialità nel prendere a considerare come criterio della misura del delitto tre distinte specie di *male*.

1.° male *materiale;* che è il nostro danno *immediato:*

2.° male *misto;* che è il nostro danno *mediato:*

3.° male *morale;* che si rappresenta dalla *violazione del dovere*.

Ma la introduzione di questo terzo elemento nel calcolo della gravità del delitto ha un doppio difetto. Il primo sta nel confondere l'ufficio del *criminalista* con quello del *moralista*. Il secondo sta nello *indefinito*, a cui sempre conduce la formula da lui suggerita.

Digitized by Google

§. 183.

Confonde l' ufficio del moralista con quello del criminalista. Infatti se il Rossi ci chiamasse a calcolare la importanza *politica* del dovere, la sua formula si unificherebbe con quella del danno sociale; mentre la importanza *civile* del dovere non ha altra norma che la importanza del *diritto* corrispondente. Ma il Rossi distinguendo nel suo prospetto dei *tre mali* del delitto la importanza del *diritto* offeso dalla importanza del *dovere* violato per farne due distinti criterii della quantità, evidentemente richiama il criminalista a porre sulla bilancia il dovere *morale* come elemento di gravità politica che ha una efficacia, secondo lui, tutta sua propria e diversa dalla gravità del male *materiale,* e dalla gravità del male ch' ei dice *misto,* cioè dallo spavento maggiore o minore dei cittadini. In una parola egli pone il *dovere morale* come criterio indipendente dal dovere *giuridico* e dal dovere *politico;* e così al calcolo della *moralità esterna* sostituisce il calcolo della *moralità interna.* Ma il giure penale non avendo altra base di legittimità che la tutela giuridica, non può convertirsi in uno strumento della santificazione dell' anima. Non si punisce la violazione del *dovere morale* ma la violazione del *dovere giuridico,* cioè la offesa del *diritto.* E vi è differenza fra l' uno e l' altro: — 1.° perchè non ad ogni dovere corrisponde un *diritto esigibile* — 2.° perchè non sempre alla maggiore santità del dovere corrisponde *altrettanta importanza* pel mantenimento del diritto. Il *male morale* del delitto, che

Digitized by Google

vorrebbe porre in calcolo il Rossi, non turba l'ordine esterno se non in quanto a lui risponda un aumento o di danno *immediato*, o di danno *mediato*. Per lo che il terzo elemento, nel quale si stringe tutta la novità di codesta formula, quando non è *inutile* perchè contenuto necessario dei due primi elementi, è *falso* perchè di nessun valore in faccia alla difesa del diritto.

§. 184.

La formula rossiana ha poi il vizio dell' indefinito. Infatti, tenendo che i delitti si debbano misurare secondo la *importanza del dovere morale* violato, quale sarà la norma per misurare questa *importanza* del dovere? Il problema si scioglie con un problema in un argomento ove la scienza deve lasciare il meno possibile alle oscillazioni dell' umano arbitrio.

§. 185.

Può esservi un criterio morale costante per dire che certe azioni sono *cattive:* ma un criterio *puramente morale,* che sia universale e costante, per dire che un' azione è *più* cattiva di un' altra, o che un *dovere* merita *sempre* maggior rispetto di un altro, non vi è.

§. 186.

Nè vale rispondere, come fece Rossi, che il criterio per misurare la *importanza relativa* dei diversi doveri è nella *sensività morale,* e che si rivela mercè la *coscienza universale.* Imperocchè anco

Digitized by Google

ammessa nel senso morale della maggiorità degli uomini tale concordia e costanza che valga ad unificare la coscienza universale, rimarrà sempre arcano come possa la coscienza universale rivelarsi con certezza al legislatore. E finchè la misura dei delitti non si determini in un comizio, ne avverrà sempre che il legislatore sostituirà la coscienza *propria* (figlia delle sue abitudini, del suo stato, delle sue propensità ed affezioni) alla coscienza *universale,* scambiando quella con questa (1).

(1) Una stringente confutazione del sistema di Rossi trovasi nel Thiercelin *(Principes du droit, Paris* 1865, *pag.* 298, 299) e nel Tissot *(Le droit pénal étudié dans ses principes, vol.* 1, *pag.* 106, *Paris* 1860) ove riferisce gli energici argomenti del Rotteck contro la fatale tendenza di subordinare la giustizia punitrice ai principj della morale, che in lei può essere soltanto principio *negativo.* Nuova confutazione della pericolosa dottrina di Rossi ha fatto il Franck *(philosophie du droit pénal, Paris* 1864, *pag.* 103) e lo stesso Tissot nel suo ultimo lavoro pubblicato a Parigi il 1874 sotto il titolo *introduction philosophique à l'étude du droit pénal pag.* 325 *et suiv.* Già il Borbacovi *(de mensura poenarum, Trento* 1810, *pag.* 34) aveva censurato la dottrina di coloro che nella maggiore nequizia del delinquente volevano trovare ragione di elevare la quantità del delitto, osservando che tale sistema aveva il duplice vizio di attribuire all'uomo gli uffici della divinità e di aprire un campo effrenato all'arbitrio. Il dolo e la violazione del dovere morale non aggravano il malefizio finchè si guardano nel mero punto della *moralità interna:* lo aggravano quando ne scaturisce una modificazione di *moralità esterna,* in quanto se ne accresca la forza morale oggettiva del reato ed allora la relativa contemplazione rientra sotto la contemplazione del danno mediato.

Digitized by Google

§. 187.

Il criterio accettabile come misura della quantità dei delitti non può essere dunque che quello del *danno:* formula che risale a Platone; formula *esatta,* e formula *razionale.* Danno *immediato* (cioè forza *oggettiva fisica* del delitto) e danno *mediato* (cioè forza *oggettiva morale* del delitto) insieme combinati. L' antitesi fra le tre formule che ho esposto, è pronunziatissima. Le due formule di Romagnosi e di Rossi conducono, più o meno direttamente, alla considerazione *soggettiva,* e le danno prevalenza sulla *oggettiva.* Se non che quella di Romagnosi guarda la *moralità soggettiva* in un rapporto *politico;* mentre quella di Rossi la guarda in un rapporto *etico:* ma ambedue si avvicinano alla scuola francese, che nel delitto non punisce un *fatto lesivo del diritto,* ma punisce la *malvagia intenzione.* Tutto all' opposto la nostra formula è puramente *oggettiva,* e strettamente *giuridica.* La ragione di punire nasce dal bisogno di *tutelare il diritto,* e di qui emerge la necessità della autorità sociale. Dalla *diversità dei diritti* aggrediti nascono le differenziali fra delitto e delitto: dalla diversa *importanza dei diritti* aggrediti nasce la relativa quantità dei malefizi. Perciò la formula oggettiva è strettamente *giuridica,* e dove il diritto la chiama corre la sua via trascurando le esigenze così della politica come della morale pura. Ed è perciò che la nostra formula è la più esatta, e la più razionale.

Digitized by Google

§. 188.

Formula *esatta* meglio di qualunque altra. Perchè il *danno* non procede da elementi astratti o puramente intellettuali, sui quali si aprano nel sentire degli uomini divergenze e contradizioni: il *danno* si esprime con una materialità positiva, in faccia alla quale lo speculativo dileguasi. E questa, almeno entro certi limiti, costringe l' umano sentire ad una concordia che repelle l' arbitrio (1).

(1) Una speciale obiezione contro la formula del danno fu fatta dall' Hencke e ripetuta da Jonge (*de delictis contra rempublicam admissis vol.* 2, *pag.* 256) osservando che se il danno fosse la misura dei delitti, certi reati colposi perchè di danno gravissimo dovrebbero punirsi più di altri reati dolosi di danno inferiore. L' obietto non approda; 1.° perchè mostra di non comprendere che sotto la formula *danno* si racchiude eziandio la contemplazione del *danno mediato*; 2.° mostra dimenticare la teorica del *grado*, pel quale (dipendentemente da una minorazione delle forze soggettive nel caso speciale che si giudica) discende indefinitamente la imputazione dei delitti indipendentemente dalla loro quantità: ed appunto la colpa (§. 265) si riferisce alla dottrina del grado.

§. 189.

La gravità del danno immediato si ragiona, secondo Carmignani, sui tre dati positivi — 1.° della maggiore o minore *importanza del bene* tolto col delitto — 2.° della maggiore o minore *reparabilità* del male — 3.° della sua maggiore o mi-

Digitized by Google

nore *diffondibilità;* il qual terzo elemento viene a congiungere nel calcolo del danno immediato la considerazione della sua *effettività* a quella della sua *potenzialità.*

§. 190.

Formula *razionale.* Infatti la legge di natura non ha dato all' uomo autorità sull' altro uomo perchè giustizia si compia in tutti i suoi dettati nè perchè il malvagio espii la propria malvagità; nè soltanto perchè sia corretto, nè perchè l' uomo sia vendicato. L' esercizio della giustizia è delegato all' uomo sull' uomo per una *necessità di natura* onde abbia forza la legge dell' ordine mercè una sanzione *pronta* e *sensibile,* e sia difesa la umanità dai mali di cui sarebbe vittima se le malvagie azioni rimanessero senza freno, e si mantenga per quanto è possibile sulla terra la sovranità del diritto.

§. 191.

Se dunque la difesa della umanità è quella non già che *crea* la ragione di giustizia, ma che legittima l' esercizio della giustizia nel braccio umano, facile è vedere che la energia della repressione, ossia della difesa, deve essere in rapporto ai mali recati dalle offese. E che per conseguenza la gravità relativa di queste deve misurarsi sulla gravità relativa di quelli.

§. 192.

Ma la formula generica del *danno sociale* richiama nella sua applicazione a considerare oltre il dan-

Digitized by Google

no *immediato*, ancora il *mediato*. Così in questa formula si tiene conto tanto della offesa alla *sicurezza* quanto della offesa alla *opinione della sicurezza*. La considerazione del danno *mediato* non potrebbe assumersi come norma unica o prevalente della misura dei delitti, perchè l' aumento possibile di danno *mediato* derivante dalle accidentali *forme* assunte dalla esecuzione del delitto, può ripetersi a ciascun fatto, ma con influenza diversa. Laonde deve funzionare come criterio accessorio o subalterno, ma non come principale archetipo della quantità.

§. 193.

La quantità relativa dei delitti diversi deve misurarsi dunque sul *danno immediato;* cioè sulla *forza fisica* oggettiva di ciascun delitto.

§. 194.

A danno immediato *uguale* la quantità relativa dei delitti si modifica sulla norma del *danno mediato;* cioè sulla *forza morale oggettiva* del delitto; la quale, come abbiamo veduto (§. 121) è il risultato della forza fisica del delitto e della sua forza morale soggettiva.

§. 195.

A cose ordinarie il *danno mediato* sarà proporzionale all' *immediato;* perchè tanto più si teme la perdita di un *bene* (e così tanto più reca spavento il vederlo tolto ad altri per modi ingiusti) quanto

Digitized by Google

più è *importante* il bene minacciato. Ma le circostanze personali o reali dalle quali è accompagnato un delitto possono essere cagione di aumento di danno *mediato* anche senza modificazione dell' *immediato.*

§. 196.

La considerazione del *danno mediato* viene così ad attribuire sulla quantità del delitto la debita influenza anche all' elemento del *dolo,* senza dare a questo elemento una potenza assoluta, che confonderebbe la nozione del peccato con quella del delitto. Laonde fu insulsa l' accusa che si diede alla formula del danno, di dimenticare la moralità dell' azione.

§. 197.

Il *dolo* considerato in sè stesso, come mero fatto interno, non potrebbe influire sulla quantità politica del delitto; perchè l' autorità sociale non esercita col magistero punitivo un sindacato della moralità interna, ma quello soltanto della moralità esterna.

§. 198.

Può dunque tenersi conto del *dolo* nella misura dei delitti solo in quanto il dolo influisca sulla *moralità esterna* dell' atto. E la moralità esterna di un atto criminoso si modifica appunto per l' aumento o decremento del *danno mediato,* ossia per il crollo maggiore o minore che il fatto criminoso ha dato alla *opinione della propria sicurezza* nell' animo dei cittadini.

Digitized by Google

§. 199.

Una infrazione dei diritti altrui non aumenta di gravità perchè sia commessa con maggiore freddezza e con maggiore malizia, se non in quanto quella maggiore malvagità del proposito genera maggiore spavento nei cittadini, e così aumenta il *danno mediato*.

§. 200.

Se il dolo o la malizia aumentassero in un dato fatto senza niente influire sul danno *riflesso*, ossia se offrissero un più di *forza morale soggettiva* senza un proporzionale incremento di *forza morale oggettiva*, sarebbe un errore desumerne una aggravante al delitto stesso; perchè alla modificazione interna non rispondendo una modificazione esterna, l'autorità sociale col prenderla in considerazione eccederebbe i limiti del suo potere.

§. 201.

Anche la valutazione del *danno mediato* ha un criterio che procede da dati *positivi*. Gli elementi che fra due delitti di danno *immediato* uguale ne accrescono la gravità relativa in ragione del maggior *danno mediato*, sono — 1.° la *violazione di più diritti* avvenuta per l'atto criminoso malgrado (1) la identità di risultato materiale — 2.° la *minorata potenza della difesa privata*.

Digitized by Google

(1) La violazione di più diritti si può estrinsecare in un aumento di danno *immediato* ed in un aumento del solo danno *mediato* senza nessuno aumento del primo. Ciò dipende da questo che non tutti i diritti dell' uomo sono protetti con la legge penale. Ve ne ha parecchi (§. 168, e 169) che non lo sono, e perciò la loro violazione isolata non costituisce *delitto*. Ora il criminalista non trova danno *immediato* che sia elemento o criterio di un delitto in una offesa al diritto la quale non è reato: perchè sarebbe contradittorio che la violata gratitudine (a modo di esempio) il violato affetto filiale, la violata amicizia, che *a solo* non offrono un danno immediato costituente delitto si valutassero come elementi di criminosità quando sono *accessorii*. Le violazioni pertanto di quei diritti che isolatamente guardati non sono protetti dalla legge punitiva non possono rientrare nel calcolo della quantità criminosa se non come criterii di danno *mediato*; inquantochè la violazione principale costituente delitto reca un danno mediato maggiore quando si accompagni con la violazione accessoria di altro diritto la quale per sè sola non sarebbe stato reato. Così se rubasi con *effrazione*, essendochè la *effrazione* sia talvolta di per sè sola un delitto, la offesa accessoria a questo ulteriore diritto aumenta (oltre al *mediato*) anche il danno *immediato*. Se invece uccidasi con simulazione di amicizia, essendochè le offese ai diritti dell' amicizia non costituiscano delitto, non può in quello accessorio trovarsi un più di danno *immediato*, ma bisogna valutarlo come un più di danno *mediato* quando se ne produca l' aumento della forza morale oggettiva del malefizio.

§. 202.

È chiaro che in due delitti di resultati materialmente uguali, lo spavento dei buoni sarà tanto maggiore quanto più saranno i *diritti* che il delinquente manomise per giungere a quel resultato (1); e

Digitized by Google

quanto più le condizioni del fatto daranno ragione di sentire che le cautele del privato erano impotenti a ripararsene.

(1) Non sempre alla violazione accessoria di più diritti corrisponde un *risultato materiale* più grave: e in questi casi la ragione dell' aumento di quantità conviene cercarla nell' aumento di danno mediato. Quando un furto è commesso con scasso si ha anche un aumento di danno nel risultato della porta infranta: ma questo criterio sarebbe meschino se sotto il solo rapporto della sua materialità si prendesse a considerare. L' aumento vistoso della quantità del furto per codesta circostanza non discende dal danno materiale dell' uscio guastato: ma dalla violazione del domicilio, e dalla minorata potenza della difesa privata. Nel furto proprio posto a confronto col furto improprio la diversa quantità non discende dal danno materiale che può elevarsi alla identica cifra; ma dall' essere in quello violato il diritto sì di dominio che di possesso, e in questo il solo diritto di dominio; e nella maggiore potenza che ha la cautela del proprietario di difendere le cose sue da questo anzichè da quello. Si ripetano quante volte si vuole le applicazioni, si troverà sempre che il variare del *danno mediato* malgrado la identità dell' immediato, corrisponde ai due criterii da me stabiliti. Ogni passo che poi metteremo nello studio dei delitti speciali mostrerà la verità della nostra formula.

§. 203.

In questa seconda considerazione unicamente risiede il principio che dà al *grado* del *dolo* una influenza sulla gravità politica del malefizio, e la ragione di tenere come più grave il delitto commesso con dolo di proposito. Questo infatti genera mag-

Digitized by Google

giore spavento, precisamente perchè è più *difficile* alla diligenza del *privato* difendersi da un malvagio che preparò e maturò i proprii disegni. Non è la maggiore bruttura morale; è il maggiore pericolo sociale che rende *politicamente* più imputabile il dolo di proposito.

§. 204.

È questa la ragione per cui diviene influente sulla gravità relativa dei delitti anche la considerazione delle diverse *cause* impellenti al delitto, e dei diversi *mezzi* adoperati per consumarlo.

§. 205.

A quei due elementi (1) si riduce tutta la teorica delle circostanze aggravanti o *qualifiche* nei delitti speciali.

(1) Bentham chiamò il danno immediato *male di prim' ordine*, e il danno mediato *male di secondo ordine*; *Traité de legislation, Paris* 1820; *Principes du code pénal premier partie*; ove al *chap.* 5, enumerò i criterii misuratori della quantità del danno immediato, ed al *chap.* 4, enumerò i criterii misuratori del danno mediato elevandoli al numero di otto. Ma tutti si riassumono nella nostra formula. Anche la *recidiva*, che egli pone in quella enumerazione, non offre secondo il nostro sistema (§. 736, e seg.) altro elemento ragionevole e giusto di punire con più severità, tranne questo che il delitto del recidivo diviene più grave perchè aumenta il danno mediato, così nel rapporto del malo esempio come nel rapporto del timore dei buoni.

Digitized by Google

§. 206.

Anzi la influenza del *danno mediato* nel calcolo della quantità dei delitti è tale che spesso modifica le proporzioni desunte dal danno *immediato*. Onde avviene che un delitto il quale rappresenta un danno materiale minore dell' altro, e che a condizioni ordinarie ha una minore gravità, può per le circostanze dalle quali in una specie è accompagnato offrire tale eccedenza di danno *mediato* da soverchiare la quantità politica dell' altro rimasto nelle condizioni ordinarie (1).

(1) Da questi principii scaturiscono due conseguenze. La prima è che nel nostro sistema si fondono le due formule di Rossi e di Romagnosi, le quali si rigettano da noi in quanto si vogliono porre come assolute e cardinali, ma si accettano in quanto le medesime siano trasformabili nella formula del danno mediato. Così la violazione di un *dovere* ulteriore noi la valutiamo come ragione di aumento di quantità nel delitto quando la lesione di più diritti sia causa di aumento nei timori del pubblico (come nel parricidio); e la spinta criminosa noi pure la valutiamo quando per la medesima si minori la potenza della difesa privata (come nel latrocinio). La seconda conseguenza è che in ogni delitto deve riscontrarsi una *quantità naturale* rappresentata dal danno immediato, e una *quantità politica* rappresentata dal danno mediato, come verrò largamente mostrando nella *Parte Speciale*. Così avviene che la formula *quantità politica* ha nel nostro sistema due significazioni: l' una più vasta e generale indicativa della ultima resultante della quantità nei delitti, ed è questo il senso in cui l' adopero nella *Parte Generale*: l' altro più ristretto, e che contrappone la *quantità politica*

Digitized by Google

propriamente detta alla *quantità naturale* del malefizio. In questo secondo senso (che è quello in cui la userò nella *Parte Speciale*) la *quantità politica* esprime la risultante del danno mediato, e la *quantità naturale* la risultante del danno immediato; mentre nel senso generale esprime il calcolo di ambedue gli elementi.

CAPITOLO VII.

Criterio del grado *nel delitto.*

§. 207.

Dal sin qui detto rilevasi che la *quantità* del delitto si misura dal combinato criterio della *forza fisica* e della *forza morale* del delitto, guardate queste due forze nei loro *risultati* del danno *immediato* e del danno *mediato*, che è quanto dire *oggettivamente*. Il *grado* nel delitto si desume dal criterio della *forza fisica* e della *forza morale* del delitto, guardate in principal modo nei loro *elementi*, ossia *soggettivamente*. Nella indagine sulla quantità si studia il fatto astrattamente guardato nella sua specie. Nella ricerca sul grado si esamina un fatto nelle eccezionali accidentalità del suo concreto modo di essere nella *individualità* criminosa nella quale si estrinseca. Con questo metodo si riuniscono in una sola trattazione e le cause di *scusa*, e le cause di *non imputabilità*; perchè sebbene nei loro risultamenti distinte, pure tengono a principii o identici o analoghi, dei quali per tal guisa si semplicizza lo studio.

Digitized by Google

§. 208.

Quando lo *elemento morale* del delitto (che trovammo nel concorso dell' *intelletto* e della *volontà)* in un fatto speciale si riscontri minore dell' ordinario, o perchè deficiente o meno attivo fu l' *intelletto* dell' agente, o perchè deficiente o meno spontanea fu la sua *volontà,* avremo una degradazione del delitto nella sua *forza morale.*

§. 209.

Quando l' *elemento fisico,* consistente negli atti esecutivi del delitto, si troverà in un fatto speciale minore dell' ordinario, o perchè i *momenti fisici* dell' azione rimasero in parte deficienti o impotenti all' effetto voluto, o perchè non sono tutti attribuibili ad un solo individuo, avremo una degradazione del delitto nella sua *forza fisica.*

§. 210.

Queste generali nozioni vengono a chiarirsi mercè la loro applicazione. Solo deve avvertirsi come regola generale comune a tutte le circostanze o dirimenti o minoranti la imputazione (1) che sulla efficacia giuridica delle medesime deve in prevenzione stabilire i suoi precetti la legge: ma della loro ricorrenza nei casi speciali non può conoscere che il magistrato, perchè l' uomo deve essere condannato secondo la *verità,* non secondo le *presunzioni.*

Digitized by Google

(1) Parecchi odierni psichiatri di grande rispetto continuano a censurare la formula *grado* e *degradante d' imputazione*. La imputabilità (essi dicono) non può aver *gradi*. L' uomo o è imputabile, o non è imputabile dei fatti che prendono causa da lui. Non può essere imputabile per metà, e per metà no. Secondo questa scuola tutte le cause per le quali noi diciamo doversi degradare la imputazione non sono che *attenuanti la pena*. In tal guisa non solo si va a ritroso della più universale dottrina, la quale in tutti i tempi ammise una graduabilità nel dolo e nella colpa; ma inoltre si distrugge in radice quello che comunemente si tiene come il più notabile progresso della scienza penale moderna, voglio dire la distinzione fra *imputazione* e *pena*, e tutta la teorica della imputabilità. Ma questo pensiero non è nè esatto nè accettabile, per parecchie ragioni.

1.° Già raramente si trova nel vero chi vuole adattare *il semplice assoluto* agli atti dell' uomo, il quale vive ed agisce in un mondo di *composti* così nella materia come nello spazio e nel tempo. Sarà verissimo che la idea astratta d' imputabilità considerata come una *resultante* segni un punto matematico non frazionabile. Ma questa risultante si compone di elementi multipli e frazionabili che sono il suo necessario contenuto; si compone cioè del libero arbitrio e dello intelletto. Ora anche la libertà, considerata come potenza, sarà infrazionabile: e sarà infrazionabile la intelligenza quando anche essa si guardi come mera potenza. Ma quando la libertà si considera nel momento della sua estrinsecazione e diviene *arbitrio*, questo è bene suscettibile di un più o di un meno secondo che la monade potenzialmente libera subisce nel momento di attuare la sua determinazione la pressione di un numero maggiore o minore di forze interne od esterne, che la costringono a determinarsi in una guisa piuttosto che in un' altra. Del pari sarà infrazionabile la intelligenza finchè si considera come potenza, perchè l' uomo o è intelligente, o non è intelligente. Ma quando quella potenza viene alla sua estrinsecazione e si tramuta in *intelletto*, questo diviene suscet-

Digitized by Google

tibile di un più o di un meno per le cause interne od esterne che più o meno ne intorbidano le pratiche funzioni. Finchè la potenza sta in sè è una: essa esiste o non esiste. Ma quando viene a contatto con gli oggetti esteriori e si converte in atto, essa necessariamente subisce quel più o quel meno a cui la condanna la sua relazione con oggetti dividui. Anche la vita considerata in sè non è frazionabile, perchè l' uomo non può essere che o vivo o morto, ma pure si dice senza inesattezza ogni dì che quella vita va decadendo; e che in un essere vi è maggior vita che in un altro. E quando si calcola il valore comparativo di due vite vi si trova una differenza di più e di meno.

2.° Sarà dunque inesatto se vuolsi il parlare di grado e di degradanti rispetto alla imputabilità considerata come potenza. Ma quando la scienza o la pratica detta od applica criterii per misurare un delitto, non giudica una potenza astratta ma giudica il momento in cui questa potenza convertendosi in atto ha subìto i rapporti degli oggetti esteriori che l' hanno più o meno limitata nel suo esercizio. In una parola sarà inesatta la formula usata da alcuni codici che accennarono a cause che *diminuiscono la imputabilità*, ma non è inesatta la formula che detta la scienza quando descrive le cause che *diminuiscono la imputazione*. Il giudizio sulla *imputazione* di un fatto concreto non può non subire le modificazioni sempre variabili delle circostanze del fatto stesso. La parola imputabilità quantunque rimanga la stessa è allora un predicato che ha mutato soggetto, e questa mutazione per quanto non sempre precisata è sostanzialmente vera. Non si dice che l' *uomo* guardato in sè sia più o meno imputabile: si dice che quel *fatto* è più o meno imputabile all' *uomo*, e così non si parla della imputabilità astratta dell' uomo (la quale o esiste o non esiste) ma si parla della imputabilità del fatto, perchè si diviene al giudizio pratico della imputazione, la quale naturalmente avendo un contenuto modificabile bisogna che si modifichi secondo le circostanze.

Digitized by Google

3.° D' altronde se alla formula *grado della imputazione* si sostituisce la formula unica *grado della pena* per esprimere tutte le cause per le quali si viene all' ultima conseguenza di punir meno, riesce impossibile render ragione di tutta quella serie di cause che la scuola moderna riferisce alle degradanti della imputazione. Quando degradate la pena per ragioni inerenti alla pena stessa, ma indipendenti dalle forze soggettive del reato, voi facilmente trovate nelle stesse condizioni della pena la ragione di essere della degradante. Voi attenuate per la infermità sopraggiunta, per il lasso del tempo, per la confessione spontanea, per le indennità ultroneamente prestate, per la emenda, e via così discorrendo; e finquì senza uscire dall' ambito delle forze costituenti la pena trovate la ragione di degradare. Ma quando volete degradare la pena al minore, allo ubriaco, al debole di mente, a colui che agì sotto veemente perturbazione dell' animo, voi non potete dare del degradamento della pena nessuna ragione che non sia empirica, a meno che non facciate risalire la degradante alla imputazione. Le forze oggettive del reato in quelle condizioni rimangono le stesse : avete un uomo ucciso ugualmente se cadde per mano di adulto che agiva con tutta la sua riflessione, come se cadde per mano di un minorenne, o di un agente che versasse nella più grande perturbazione di spirito per grave sdegno o dolore. Le forze della pena nel rapporto di quel colpevole rimangono le identiche. Perchè dunque degradate la pena? Questo *perchè* voi non potete dirmi se non rispondendo, diminuisco per buona giustizia la pena perchè è doveroso diminuire la imputazione: e ciò è doveroso perchè la forza morale soggettiva di questo reato, nella quale sta lo elemento della sua imputabilità a chi ne fu causa, si trova in un grado minore, perchè più ristretta fu la sfera dell' arbitrio, o più torbida la funzione dello intelletto nello agente a cui devo imputare quel fatto. Cancellate la dottrina delle degradanti della imputazione, e vi troverete nella impossibilità di rendere ragione di una minorazione di pena al minorenne, allo iroso, all' ebro, e simili;

Digitized by Google

e la logica inesorabile vi ricondurrà agli antichi statuti che punirono ugualmente di morte il giovine di quattordici anni come l' adulto. Se ponete per assoluto che la imputabilità del fatto allo agente non possa essere che o *totale* o *nulla*, non vi è più possibile trovare ragione plausibile di mitiganti in cotesti casi, e date sanzione ad una dottrina che repugna al senso morale. Fra la tenace ed imperterrita volontà di Muzio Scevola che si abbrucia la mano con la più perseverante fermezza, e la volontà di colui che per un suo bisogno afferra precipitosamente un ardente carbone, vi potrà essere identità di resultato; ambedue questi atti saranno senza dubbio imputabili ai loro autori; ma il senso morale non si adatterà mai ad attribuire loro un grado uguale d' imputazione. Colui che uccise il proprio aggressore eccedendo nei limiti della difesa è imputabile di omicidio; come è imputabile di omicidio lo aggressore che spense la sua vittima con premeditazione ed insidia. Imputabili entrambo voi li punite disugualmente. È questa una indulgenza? No; è rigorosa giustizia. E perchè è giusto ciò? Perchè sebbene la imputabilità dei due agenti considerata come potenza si voglia identica, pure la imputabilità del fatto ai respettivi autori è diversa. Ed è diversa perchè l' omicidio dell' aggressore è imputabile *tutto* esclusivamente alla sua scellerata volontà; laddove l' omicidio dello aggredito e in gran parte imputabile alle circostanze indipendenti da lui che ve lo spinserò reluttante. Ecco la differenziale che nasce dal mutare il soggetto al predicato della imputabilità. Rettificata questa idea la obiezione è dileguata. Non è che s' immagini da noi l' uomo imputabile per terzi o per quarti. Data la imputabilità dello agente il fatto gli s' imputa *tutto*; ma tale qual' è. Ora siccome il fatto giuridico *delitto*, quando è minorata la sua forza morale soggettiva, che è uno dei suoi elementi costitutivi, presenta *un meno*, così giustizia vuole che s' imputi come meno al suo autore: onde è che io preferisco dire *degradato il delitto* anzichè degradata la imputazione. Alla formula del nostro maestro potrà dunque obiettarsi una figura rettorica,

Digitized by Google

come a chi disse le armi pietose, ma non un errore scientifico nè uno assurdo filosofico.

CAPITOLO VIII.

Del grado *del delitto nella sua* forza morale.

§. 211.

La *forza morale* soggettiva del delitto si compone di tutti i momenti che costituiscono l' *atto interno,* procedendo dalla prima *percezione* di una idea fino alla ultima *determinazione* volitiva. Per avere in un delitto la pienezza della sua forza morale bisogna che nei due momenti della *percezione* e del *giudizio* sia stato l' agente illuminato dall' *intelletto;* e che nei due successivi momenti del *desiderio* e della *determinazione* abbia goduto la pienezza della sua *libertà.* Minorato o mancato il presidio del primo, si minora o cessa la imputazione; come si minora e cessa se è stato diminuito o tolto l' esercizio della seconda. Di qui la suddivisione del grado sotto il rapporto della forza morale soggettiva del delitto secondo che il degradamento deriva dallo stato dell' *intelletto,* o dallo stato della *libertà* nell' agente.

ARTICOLO I.

Del grado *rapporto all'* intelletto *dell' agente.*

§. 212.

Il concorso dell' *intelletto* dell' agente può nel fatto essere diminuito o cessato tanto per cause *fisiche,* quanto per cause *morali.*

Digitized by Google

§. 213.

Per cause *fisiche* o *fisiologiche*, quando la deficienza della forza intellettiva proviene da difetto o alterazione nell' organismo corporeo. Per cause *morali*, o *ideologiche*, quando malgrado la perfezione abituale dei sensi e la piena attitudine dell' intelletto, questo in un dato momento mancò a sè stesso, perchè le idee dell' agente intorno ai rapporti dell' azione deviarono dal retto ordine logico; e da ciò nacque la infrazione della legge.

I.

Cause fisiologiche.

§. 214.

Le cause *fisiologiche* che potendo affliggere l' intelletto si devono prendere in esame per determinare se e quando siano influenti sulla imputazione, si riducono alle seguenti — 1.° la età — 2.° il sesso — 3.° il sonno — 4.° il sordomutismo — 5.° la pazzia.

1.°. *E t à.*

§. 215.

Per conoscere quando e come la *età* modifichi la imputazione in ragione dell' *intelletto* dell' agente, bisogna combinare i principii della scienza con le osservazioni dei fenomeni della umana natura. I pri-

Digitized by Google

mi ci insegnano che l' uomo non può essere responsabile delle proprie azioni, se non in quanto egli è capace di discernere il bene dal male. Le seconde ci mostrano che l' intelletto dell' uomo, benchè al primo momento della nascita di lui abbia perfetta la potenza di svilupparsi, pure non giunge se non per gradi all' attualità del suo pieno servigio (1).

(1) Vedi Fraser *Dissert. an et quatenus in criminibus imputandis aetatis delinquentium habenda sit ratio, Amstelodami* 1844 — Swinderen *de jure poenali hodierno circa minores, Groningae* 1855 — Niccolini *Questioni di diritto, quest.* 11 — Engelkens *de imputatione propter aetatis defectum cessante, Groningae* 1834 — Stryckius *de poenis impuberum (in ejus dissertationibus, Francofurti et Lipsiae* 1744, *vol.* 4, *dissert.* 22) — Schultz *de delictis puerorum, Altdorfii* 1683 — Platner *Programma de venia aetatis, Lipsiae* 1809 — Moller *de eo quod justum est circa varias hominis aetates* — Kitka *della imputabilità criminale dei giovanetti;* negli *scritti germanici* pubblicati dal Mori *vol.* 2, *pag.* 77: e fra gli antichi Narbona *de aetate,* e Baronio *de effectibus minoris aetatis circa judicialia, Panormi* 1661.

§. 216.

Tre divergenze radicali s' incontrano negli scrittori in proposito della *età* considerata come causa minorante la imputazione. Si disputa infatti — 1.° se la età debba assumere cotesto valore per ragioni di *politica* o per ragioni di *giustizia* — 2.° se la età debba referirsi alle minoranti per la relazione che ha con l' *intelletto,* o per lo influsso che esercita sulla

Digitized by Google

libertà del volere: — 3.° se debba o no ammettersi un periodo di *assoluta irresponsabilità* nella vita dell' uomo, che cuopra l' agente da ogni molestia per presunzione *juris et de jure* (1). E sebbene le due prime questioni appariscano puramente speculative esse refluiscono essenzialmente sulla soluzione della terza, e su tutta la economia pratica di questa escusante. Se la prima si scioglie nel senso del principio *politico,* la terza si deve risolvere affermativamente: negativamente si deve sciogliere se si considera la età rimpetto alla pura *giustizia.* Se nella seconda si fa prevalere il concetto di un riguardo all' impeto giovanile che rende più irriflessiva la volontà, avremo nella età una causa di *minorazione* soltanto: se si scorge nella età una causa che rende insufficiente l' intelletto, potrà ravvisarsi in lei più volentieri una *dirimente.* La terza questione è poi tutta vitale nella pratica applicazione.

(1) I sostenitori delle diverse opinioni e i loro argomenti si enumerano dall' Ellemeet *de minore aetate, Trajecti ad Rhenum* 1839.

§. 217.

La divergenza sulla terza questione non si limita all' accademia, ma si estrinseca nelle varie legislazioni moderne. Ammesso che nella vita umana debba esservi un periodo di *irresponsabilità* assoluta per presunzione di legge, l' autore del fatto che versi in tale periodo non può essere tradotto in giudizio per quanta precocità di malizia egli dimostri. E questo è il principio a cui si ispirano parecchi codici

Digitized by Google

contemporanei (1). Reietto al contrario cotesto periodo, l' autore del fatto, per quanto costituito in età giovanissima, deve essere inquisito e sottoposto ad una repressione quando risulti capace di dolo.

(1) Più tenaci per la tutela giuridica il codice Francese (art. 66) e il codice Sardo (art. 88) non riconoscono stadio d' *irresponsabilità assoluta*. Anche nel primo periodo della vita, che il codice Francese chiude ai 16 anni, e il Sardo a 14, ammettono la possibile capacità del dolo. E indistintamente sottopongono l' autore del fatto a criminale procedura ed anche a condanna, purchè il giudice nella coscienza sua dichiari che agì con *discernimento*. Il codice Prussiano del 1 luglio 1851 conserva la disposizione francese. E la imitò il codice Portoghese del 1852, il codice del Brasile, il codice delle isole Jonie, il codice di Neuchatel, ed il codice Belga del 1867. Queste leggi non ammettono questione di discernimento per lo agente che abbia varcato il sedicesimo e respettivamente il quattordicesimo anno, ma non riconoscono stadio alcuno inferiore di assoluta irresponsabilità. Al contrario le leggi inglesi, il codice Bavaro, Ticinese, Napoletano, Badese, Spagnuolo, Toscano, il progetto Portoghese ed altri, fermano uno stadio più o meno esteso di assoluta irresponsabilità. Il sistema francese fu acremente censurato da Haus *observations sur le projet de révision du code pénal, vol.* 1, *pag.* 213, 214; e con tale solidità di argomenti da non lasciare dubbiezza. La idea di tradurre in giustizia e sottoporre alle indagini sul discernimento un infante nel quale il discernimento è impossibile, espone la pubblica giustizia al pericolo che un giudice zelante trovi il discernimento in un bambino di due anni; è un anacronismo in questi tempi di lumi e di civiltà. Anche Rossi aveva inveito contro siffatto scandalo. Quando in Francia si discusse la legge del 28 aprile 1832 per riformare il codice penale, fu proposto alla Camera dei Pari di fare il giudizio contro i minori di 7 anni

Digitized by Google

a *porte chiuse e senza la presenza* dell' accusato; ecco la giustizia che si vergogna dei suoi atti. L' articolo rimase qual era; e tale qual' è fu riprodotto nel codice Sardo.

§. 218.

In questo conflitto noi pensiamo più esatto doversi referire la età alle cause che dipendono dall' *intelletto.* Ed esponiamo la dottrina che ha prevalso in Toscana (1). Secondo la quale la *età* per gli effetti penali dividesi in *quattro stadj.* I veri rapporti delle cose sono alla intelligenza del bambino circondati da una nebbia che non si dirada se non lentamente col progredire negli anni, e mercè l' aiuto della istruzione e della esperienza. E secondo questo progresso della luce intellettuale nell' uomo, nascere e progredire deve la imputazione dei suoi atti. Laonde i varj stadi non possono scientificamente esprimersi con un criterio *numerico* o con denominazioni desunte da una *materialità,* ma con un criterio tutto giuridico. E perciò direi — 1.° stadio d' *irresponsabilità assoluta* — 2.° stadio di *responsabilità condizionale* e meno piena — 3.° stadio di *responsabilità piena* — 4.° stadio di *responsabilità modificabile nei resultati.* Possono essere assoluti i principj che delimitano questi quattro periodi; ma non possono essere che relative le concrete *misure* della delimitazione. Ed è perciò che questa teorica non si può condurre all' ultima formula della sua pratica espressione, senza referirsi ad un qualche diritto costituito.

(1) Variarono allo infinito le opinioni dei Dottori intorno alla escusante della età, nelle vecchie pratiche di Europa:

Digitized by Google

Sesse *decisiones Aragoniae, Caesaraugustae* 1615, *decis.* 212, *vol.* 2. — Peléus *quaest.* 16, *pag.* 104, *Paris* 1605 — Merenda *controversiae, Bruxellis* 1745, *lib.* 5, *cap.* 15 *et seq.* Molti procedettero con distinzione fra delitto e delitto: Manzi *decisiones Palatinae, Augustae* 1659, *decas* 9, *decis.* 81 *et* 83. Ma se la maggiore facilità che ha il giovinetto di comprendere la pravità di un atto, o il male che reca, o il divieto della legge, dipendentemente dalla diversa natura della infrazione da lui commessa, può dare al giudice dei criterii pratici per dichiarare o negare il concorso del discernimento, non può accettarsi siffatta distinzione come regola assoluta sulla *ammissibilità in genere* della scusa. Ragioni eccezionali si vollero trovare anche modernamente nelle trasgressioni di polizia; vedi Morin *art.* 8803. Vedi la nota a §. 225.

§. 219.

1.° STADIO — *Infanzia* (dalla nascita ai 7 anni) *e impubertà prossima all' infanzia* (dai 7 anni ai 12 (1)) — In ambedue i periodi di questo primo stadio, nessuna imputabilità in faccia alla legge civile. Presunzione *juris et de jure* che non esista nell' agente discernimento sufficiente per incorrere le censure della giustizia.

(1) Anco le legislazioni che ammettono la *irresponsabilità assoluta* in un periodo della vita umana, discordano poi nel determinare il punto in cui deve cessare questo stadio. Lo statuto Lucchese dell' anno 1538, *lib.* 4, *cap.* 58, limitava il periodo della irresponsabilità agli anni dieci e mezzo. Le leggi Inglesi, il codice del Perù ed il codice di Bolivia lo limitano a 7 anni. Il codice Bavaro a 8 anni. Il codice Napoletano, il codice di Malta e il codice Spagnuolo lo

Digitized by Google

estendono a 9 anni. Il codice Ticinese del 1872 (art. 49), il Gregoriano (art. 27) il codice di S. Marino, e il nuovo progetto del codice Portoghese, lo spingono fino a 10 anni. Il Progetto delle Cortes del 1821 voleva portarlo a 7 anni: ma incontrò opposizione dalle Corti, come si rileva dalle osservazioni pubblicate su quel Progetto dalla Audiencia de Castilla, *pag.* 46, dove si osserva che le *Partidas* lo fissavano a 10 anni e mezzo (*Partidas* 7, *ley* 8, *tit.* 31). Il codice Badese (§. 78) e il codice Toscano del 1853 (art. 36) e lo Zurighese del 1871 (§. 45) protraggono lo stadio d' irresponsabilità fino ai 12 anni. Il codice del Vallese (art. 89) il codice di Vaud (art. 51) il codice di Fribourg (art. 52) il codice dei Grigioni (§. 45 n. 1) lo spingono fino agli anni 14. Potrebbe pensarsi che queste diversità tenessero alla considerazione dei climi e dei metodi di educazione dei diversi paesi. Ma ciò non corrisponde alle osservazioni di fatto. La divergenza è dipesa dall' accordare più o meno importanza al pensiero che la pena applicata ai giovanetti non risponda al suo fine politico. Ma il codice Toscano mostrossi poi, non so con quale coerenza, più severo del Badese quanto alla ricerca del discernimento. Vedi Tamassia *il Progetto di codice penale pel regno d' Italia e la medicina, Milano* 1874, *pag.* 4.

§. 220.

Quando un uomo in questo stadio mostri una precoce malvagità, e uno straordinario sviluppo di mente, alle infrazioni che egli commetta provvede con cautele preventive l' autorità di buon governo.

§. 221.

2.° STADIO — *Impubertà prossima alla minorità* (dagli anni 12 ai 14) *e minorennità* (dai 14 ai 18

Digitized by Google

compiti). Presunzione *juris tantum* di capacità a delinquere. Perciò in questo stadio l'uomo è chiamato a rendere conto delle sue azioni. Ma spetta al giudice ad esaminare se egli agì o no con sufficiente discernimento. Ove non trovi discernimento (1) deve assolvere. Ove trovi che agì con discernimento deve imputarlo; ma con grado minore di quello stabilito dalla legge pel maggiorenne. Ed è perciò che io chiamo questo lo stadio della responsabilità *condizionata* e *meno piena.*

(1) Mittermaier criticò questa formula come troppo vaga ed indefinita, e molti fra noi vennero ripetendo come cosa loro tale censura. Io comprendo che forse la parola *discernimento* possa presentarsi come ambigua ed oscura ad un Alemanno atteso la diversità del linguaggio, ma non mi sembra che sia tale per noi Italiani. *Discernimento* in genere esprime la potenza di discernere il bene dal male; avere *agito con discernimento* esprime avere profittato di quella potenza nell'atto speciale a cui si diede vita. Certamente il codice Toscano, che sostituì la formula *avere avuto* coscienza dei propri atti, usò espressioni metafisicamente e italianamente migliori. Ma chi volesse sofisticare anche sull'art. 34 di questo codice potrebbe desiderare che si dicesse invece coscienza della *pravità dei suoi atti,* perchè può aversi coscienza dei suoi atti quando se ne conosce la obiettività materiale senza valutarne o comprenderne la obiettività morale e giuridica; ma anche il codice Toscano non ebbe scrupolo ad accettare all'art. 37 la formula *discernimento,* e nessuno fra noi immaginò mai il desiderio che la legge insegnasse ai giudici il significato di quella parola, che ad ognuno anche non giurista palesa il concetto di avere agito discernendo il bene dal male e conoscendo tutte le conseguenze dei propri atti. Si è detto che la formula *discernimento* è incompleta, perchè non com-

Digitized by Google

prende le cause le quali possono agire sulla libertà. L' obietto è fallace, perchè falsa la situazione. Qui in proposito dello impubere si fa questione d' *intelletto* e non di *libertà*. Se, dato il discernimento, nello impubere vi furono cause che agirono sulla sua libertà queste saranno efficaci per lui come per ogni altro: ed è un sogno supporre che il legislatore dicendo al giudice dovere imputare l' impubere che agì con *discernimento*, gli abbia fatto precetto d' imputarlo anche quando non fu *libero*, mentre in tale condizione non s' imputa neppure il maggiorenne. La obiezione non ha senso giuridico.

§. 222.

La ricerca sul *discernimento* dell' agente deve essere ammissibile in tutti i *periodi* che si racchiudono in questo *secondo stadio*. Soltanto nel primo periodo *(impubertà prossima alla minoretà)* deve essere tale questione *obbligatoria* pel giudice: nel secondo periodo *(minoretà)* può lasciarsi *facoltativa* (1).

(1) Puccioni *(commentario al codice penale Toscano art. 37 e 38)* vorrebbe estendere più oltre l' *obbligo* dell' apposita questione sul discernimento. È singolare la coincidenza che mentre il codice Spagnolo del 1848 limita la ricerca sul discernimento ai 15 anni (art. 8), Valdeson *(théorie du code espagnol, Paris 1860, pag. 69)* commentandolo, vorrebbe che la facoltà di dichiarare la mancanza di discernimento si estendesse fino ai 21 anni.

§. 223.

La ragione per cui in questo stadio si ammette la ricerca sul discernimento nasce dalla osservazione che in qualche individuo, o per difetto di istruzione

Digitized by Google

o per tardività naturale, lo sviluppo della facoltà intellettiva si fa più lentamente. E non può per una mera presunzione d' intelligenza accomodarsi una imputazione dove la intelligenza realmente si trovi imperfetta.

§. 224.

La ragione per cui in questo stadio si diminuisce sempre la imputazione, anche quando siasi agito con discernimento, si è questa: che sebbene il minore abbia capacità bastevole di mente per essere responsabile dei suoi atti, pure la sua mente non è ancora assodata, ed a lui manca la esperienza per bene usare del lume della ragione, e contrapporre i consigli di questa ai vivaci suggerimenti delle passioni.

§. 225.

La scusa della minore età procede sempre con più energia nei delitti causati dall' impeto degli affetti, perchè sulla giovinezza (per la connaturale sua precipitanza ad agire) esercitano le passioni veementi una coazione psicologica più potente. Ma questa minorante deve essere ammessa in ogni *specie* di delitto salva sempre la sua debita proporzione; ed è un errore (checchè piacesse ad alcuni (1) dottori) eliminarla in ragione dell' *atrocità* del delitto. La scusa ha la sua ragione giuridica nelle condizioni della *persona;* e le condizioni della persona non si mutano per le condizioni del fatto.

(1) Behmer *Novum jus controversum, Lemgoviae* 1771, *observ.* 67, §. 2. La opinione severa che negava la scusa

Digitized by Google

della età minorile nei delitti atroci, si confutò da Baldo nel commento alla *l. Etsi severior* 3, *vers. ex virgis C. ex quibus causis infam. irrog.* ed è invero repugnante che mentre il minorenne ha la sua ragione di scusa nello incompleto sviluppo dello intelletto, questa debba cessare per lui, e così operarsi il miracolo dello sviluppo completo della sua mente, per la indole del fatto quando appunto lo espone ad una imputazione, la quale conduce alla perdita della vita o della libertà in perpetuo, ed eccita maggiormente la pubblica pietà a suo riguardo. La pratica Alemanna seguitò la più mite dottrina del Baldo (Colero *decisiones Germanicae, Lipsiae* 1631, *decis.* 162) la quale fu prevalente (benchè incostante) nelle pratiche italiane: Caballo *resolutiones cas.* 134 — Sanfelice *Decisiones Neapol. decis.* 57. Il codice penale Sardo mostrò benignità quando all'art. 91 estese la minorante (limitativamente ad un solo grado di pena) anche al periodo che passa dagli anni 18 ai 21; ma qui riprodusse la vecchia restrizione dei delitti atroci, ed in ciò fu con molto senno criticato da Cadoni nel suo trattato *della colpabilità e delle cause che la modificano, Cagliari* 1869, *pag.* 55 *a* 62. È poi traboccante d' iniquità la eccezione che fa l' art. 91 in base all' art. 533; n. 4, volendo mantenuta la pena di morte contro il minore di anni 21 reo di omicidio commesso per impeto istantaneo di sdegno quando fu mezzo o conseguenza in un reato di resistenza alla pubblica forza. Del resto non mancò chi pretendesse sostenere essere pericoloso lo ammettere come scusa la età minorile perchè la esperienza aveva mostrato che nelle bande dei malfattori si sceglieva un minorenne alla esecuzione dei fatti più atroci, appunto perchè la sua età lo guarentiva dalla scure. Ma questa è una delle solite osservazioni ciarlatanesche con le quali gli utilitarii vorrebbero calpestare tutti i cardini fondamentali di giustizia. Con la dottrina della utilità è facile dimostrare la convenienza di punire in certi casi anche lo innocente per grandi bisogni di pubblica tranquillità; ed è così più facile persuadere che il *meno colpevole* debba punirsi alla pari

Digitized by Google

del *più* colpevole. Queste opinioni incontrano la simpatia di coloro che negano ogni ragione penale assoluta, e che del giure punitivo fanno una *terapeutica*, ossia un mero strumento di forza in balìa dell' autorità pel mantenimento dell' ordine, alla moda di Varsavia. La giustizia però non può chinare la fronte in faccia all' arbitrio che la rinnega; ed essa impone che ad ogni meno di forza morale soggettiva nel delinquente risponda un meno d' imputazione. Che se uno inveterato malfattore abusa del braccio di un minorenne per consumare un misfatto con attenuato pericolo, questa è buona ragione per usare maggiore severità contro il colpevole adulto, ma non per negare i benigni riguardi dovuti al giovinetto che fu sedotto dalle altrui istigazioni.

§. 226.

3.° STADIO — *Maggiore età* (dai 18 anni compiti in poi). Questo è lo stadio in cui si applica il grado ordinario della imputazione secondo le condizioni speciali del fatto. L' intelletto a questo stadio ha raggiunto la sua maturità; e se altre circostanze non lo soccorrono di qualche causa minorante la imputazione, l' agente che trovasi in tale stadio non può sperarne alcuna dagli anni.

§. 227.

La ragione per cui mentre la età maggiore per gli *effetti civili* incomincia generalmente dopo i 21, ed anche in certi luoghi dopo i 25 anni, si vuole stabilire dopo i 18 per gli *effetti penali*, è intuitiva. Al fine di comprendere tutta la importanza del proprio dovere in faccia alle leggi penali occorre minore capacità, minore esperienza e maturità di

Digitized by Google

consiglio, che non occorra a bene amministrare le cose proprie, ed a difendersi dall' altrui callidità nelle contrattazioni.

§. 228.

4.° STADIO — *Vecchiezza.* Il periodo della vecchiezza e della decrepitezza, variamente determinato dai fisiologi nella vita umana, parve ad alcuni criminalisti dover fornire una minorante (1). Ma questo è un equivoco.

(1) Molti presero a considerare i privilegii che si dovevano alla vecchiezza: Struvius *disp. de juribus et privilegiis senectutis, Ienae* 1664 — Hommel *de juribus senum singularibus* — Schopffer *Gerontologia sive de jure senum, Quedlinburgi* 1705. Ma il privilegio di delinquere impunemente è arduo a sostenersi; ed anzi ciò che si dice dei privilegi dovuti alla età canuta contrasta direttamente allo assunto di trovare nei vecchi una minorata imputabilità. Tissot ricorda una legge chinese che esonera da ogni pena l' uomo il quale abbia compito gli anni novanta: per essere logica codesta legge dovrebbe dichiarare l' uomo a codesta età incapace agl' impieghi, inabile alle professioni, interdetto a testare, a contrattare, e spogliato perfino della patria potestà. Un uomo dichiarato dalla legge irresponsabile non può più essere un cittadino attivo.

§. 229.

La vecchiezza può essere causa di diminuire la *pena* in certe sue specie che riescano troppo gravi ad un corpo affranto dagli anni, come altrove osserveremo: ma ciò è ben differente. È una inesattezza,

Digitized by Google

pur troppo frequente, quella di confondere le minoranti la imputazione con le diminuenti la pena. La identità dell'effetto sensibile portò molti a farne un fascio, con grave pregiudizio della chiarezza scientifica, ed anche con pericolo di equivoci nella pratica applicazione. Non si deserti l'analisi; e ogni ricerca ha il suo luogo. Qui si studiano le cagioni di ravvisare minore imputabilità nello autore di un fatto criminoso: non si cerca nè la quantità del delitto in astratto, nè le convenienze o giuridiche o politiche di applicare al fatto una più o meno grave penalità.

§. 230.

La vecchiezza può condurre l'uomo alla *imbecillità;* e dirò ancora che ove si prolunghi, essa vi conduce per processo ordinario. Ma in questo caso la minoranza starà nella *demenza,* e non negli *anni.*

§. 231.

Ma la età senile *per sè stessa* non può minorare la responsabilità delle azioni che il vecchio commetta; mentre invece la società ha diritto di esigere da lui, per la sua esperienza e pel raffreddamento delle passioni, maggiore ossequio alla legge: e gli anni che a lui non tolsero la cognizione del bene e del male, gli impongono forse doveri maggiori. Anzi sotto il rapporto del *danno mediato,* il delitto del *vecchio* presenta nella sua *forza morale oggettiva* una intensità maggiore dal lato del malo esempio, che quello del giovine. Il senso morale proclama questa verità alla mente di tutti.

Digitized by Google

§. 232.

La teorica della età agli effetti penali conduce nella sua attuazione pratica a tre ricerche ulteriori circa la prova. E sono — 1.° *come si provi* la età — 2.° *chi* debba provarla — 3.° *in quale stadio* di giudizio se ne possa conoscere (1).

(1) Blanche *deuxième étude, Paris* 1864, *art.* 67, *n.* 206, 207. Sul modo di provare l' età minorile ha un consiglio speciale Mariano Socino Juniore *vol.* 2, *cons.* 2, *pag.* 6; ma ciò dipende dalle particolari circostanze dei casi, e non possono dettarsi regole assolute scientifiche. Soltanto è a ripetersi che in caso di *dubbio* deve ritenersi l' età minorile per la prevalenza della mitezza: che qualunque *forma* di prova è ammissibile: che quando l' accusato ha dedotto di essere minorenne incombe al Pubblico Ministero provare il contrario, perchè chiedendo egli la piena imputazione deve giustificare il concorso di quella età che è requisito essenziale della piena imputazione: e finalmente che per la giurisprudenza delle nostre Corti supreme la minoretà, quantunque non dedotta per disavvertenza nel giudizio ordinario, può sempre giustificarsi e valutarsi nel giudizio straordinario di cassazione. L' idea di sottoporre alla forca o alla galera un ragazzo di 15 anni per la sola ragione che l' incauto non seppe declinare la vera sua età, è così atroce che non può ammettersi per il meschino rispetto a certe formalità. Osserverò per ultimo che la eccezione della età minore deve valutarsi in riguardo al giorno in cui avvenne il delitto, perchè è questione di *imputazione* e non di *pena*. Laonde se il delinquente di 15 anni si tenne latitante altri 10 anni, e poscia arrestato dovette subire il giudizio definitivo, sarebbe barbaro quel giudice che a lui dicesse, oggi hai 25 anni, dunque ti mando in galera e non in casa di correzione.

Digitized by Google

2.° *Sesso.*

§. 233.

Penso non doversi ravvisare nel *sesso femminile* una minorante della imputazione. Causa di modificare la pena il sesso può esserlo per riguardi alla sensibilità del reo, o alla pubblica decenza: ma di ciò altrove. Causa di sottoporre la donna ad una *imputazione* minore non vi è (1).

Si obietta — 1.° La intelligenza è minore nella donna che nell' uomo; e si vuol provare questa più limitata intelligenza argomentando dalle leggi civili e politiche —. Rispondesi che quando fosse vero codesto supposto, non concluderebbe allo scopo. La intelligenza della donna è lucida ed ordinata quanto basta per tenerla capace di comprendere il debito che le corre, così in faccia alla legge religiosa e morale come in faccia alla legge dello Stato che la protegge; nè potrebbe farsi un codice eccezionale per la metà del genere umano. Nè vale che le leggi civili e politiche diano minori diritti alle donne. Dalle tutele delle leggi civili e dalle incapacità politiche della donna, non può trarsi argomento in favore del sesso; perchè ad essere capaci di dolo non occorre sapienza politica, nè esperienza amministrativa.

(1) Alcuni pensarono che a favore della donna dovesse ammettersi la scusa della ignoranza di diritto; e Klein (*dissertat.* 10, *Gustraviae* 1706, *de innoxia mulierum juris ignorantia pag.* 881) si studiò a determinarne i casi.

Digitized by Google

Certamente se la donna è offesa ricorda subito la legge penale correndo al giudice, e male può ammettersi che non la conosca quando offende. Ma ad ogni modo (quando anche volesse ammettersi cotesta dottrina assai ardita) la scusa sotto siffatta forma non sarebbe una minorante propria del *sesso* ma di una accidentalità che avrebbe renduto valutabile l' errore di diritto.

§. 234.

Si obietta — 2.° Che la donna è più gracile di complessione, più debole assai dell' uomo nel suo organismo — Rispondesi essere questa una buona ragione per esonerare la donna da certe forme di penalità faticose, e soverchianti le sue abitudini e le sue forze corporee: essere, in una parola, una buona ragione, come a suo luogo vedremo (§. 726), per diminuire la *pena:* ma non esserlo altrettanto per minorare la *imputazione:* laonde un' antica legge di Brunn disponeva *mulier non omni poena sed poena mulieri congrua puniatur* (1). Niente ha che fare la forza corporea con la moralità dell' azione.

(1) Così nell' antica Germania le donne non si decapitavano, non si appiccavano, nè si ponevano alla ruota, ma si bruciavano, si annegavano, si sotterravano vive. E quantunque Claro, Farinaccio, Carpzovio, e Anton Matteo osservassero che per l' indole più trepidante bastasse ad intimidire la donna la minaccia di un male minore, pure non si accolse come principio generale che il sesso minorasse la colpevolezza.

Digitized by Google

§. 235.

Si obietta — 3.° Che la donna è più volubile per natura, che ha una eccitabilità nervosa maggiore, che è più timida, più modesta dell' uomo; e si è detto perfino da uno scrittore che è più labile di memoria — ma dalla sua volubilità, eccitabilità nervosa, e sensività maggiore, non può trarsi buono argomento per ravvisare nel delitto da lei commesso una *forza morale* minore di quella si ravvisi nel delitto del maschio. Tutte le specialità fisiologiche delle femmine non fanno in loro meno lucida la percezione, nè meno libero il volere: e se di tali cose dovesse tenersi conto alla donna, sarebbe logica necessità di giustizia tenerne conto anche all' uomo che in pari condizioni si trovasse. Neppure può trarsi argomento dal pudore e modestia, che si asserisce essere connaturale alla donna: imperocchè sotto questo rapporto avendo la donna maggiori ostacoli da superare per giungere al delitto, mostra col delinquere una maggiore malvagità di proposito (1).

(1) Intorno alle condizioni giuridico politiche della donna sotto il punto di vista storico sono da consultarsi; Bachofer *das mutterrecht, Stuttgart* 1861 — Gide *sur la condition de la femme, Paris* 1867.

§. 236.

Un insigne criminalista ha recentemente riassunto la protezione del sesso femminile in faccia alla punitiva giustizia, e con vedute lodevoli e filantropiche

Digitized by Google

ha tentato sottrarre alla scure del carnefice la metà del genere umano ricorrendo a nuove ed ingegnose osservazioni, onde persuadere che il delitto commesso dalla donna sia politicamente meno imputabile di quello commesso dall' uomo. Lodo la santità dell' intendimento, l' ingegno adoperato per farlo trionfare, e la novità dei concetti. Ma scientificamente non posso recedere dall' insegnamento di Rossi, nel quale si rappresenta la dottrina prevalente oggidì.

Queste novelle obiezioni a favore del sesso sono — 4.° che il delitto della donna presenta un *danno mediato* minore di quello dell' uomo —. Ma questo potrà essere vero in ordine a certi delitti, nei quali il sesso offre ostacoli o difficoltà maggiori: non lo è però per quei delitti che possono con uguale facilità ripetersi per parte della donna come per parte dell' uomo, e molto meno per certi reati che la storia dimostra essere prediletti dal sesso debole.

§. 237.

Obietta — 5.° Che la donna è più *corrigibile* dell' uomo; e lo prova con la statistica delle recidivanze —. Ma questo argomento parte dal presupposto che nella *correzione* del delinquente trovisi il *fine* della punizione. Ed io vorrei che questo principio potesse tenersi per vero, perchè la logica inevitabile conseguenza di codesto postulato sarebbe l' abolizione della pena di morte. Ma poichè non tengo per vero codesto principio (§. 645) e se ne ricusa l' applicazione nel più importante dei suoi corollarii, non trovo nella più agevole corrigibilità

Digitized by Google

di un individuo ragione per dirlo meno imputabile allorquando delinque. Se d' altronde la corrigibilità (che è una previsione) portasse seco la minoranza della imputazione, la *correzione* effettiva (che è un fatto reale) dovrebbe per buona logica condurre a far cessare la pena del delinquente corretto (1).

Obietta finalmente — 6.° che la donna è meno dell' uomo *proclive a delinquere:* e lo prova apoditticamente con vasti dati statistici —. Ma si deve tener calcolo degli ostacoli maggiori e delle minori occasioni che ha la donna a cadere in certe specie di delinquenze. E si deve aggiungere che per ragione di codesti maggiori ostacoli la energia della volontà criminosa si palesa maggiore nella donna che delinque. Ma anche prescindendo da ciò, non può ammettersi la efficacia di codesto argomento, poichè non è vero il principio sul quale esso necessariamente si asside. Non ammettendo che per la frequenza di certi delitti si possa aumentare la *pena* (§. 698) molto meno posso ammettere che se ne abbia motivo di aumentare la imputazione. E questa sarebbe necessariamente la base dell' obiettato argomento; perchè per la indole dei correlativi tanto vale il dire che la donna s' imputa meno, quanto il dire che l' uomo s' imputa più. E quando un condannato dimanda perchè si punisca più lui che la sua correa, non parmi sia persuadente risposta il dirgli, ti punisco di più perchè sei uomo, e perchè trovo più delinquenti fra gli uomini che fra le donne. D' altronde nel calcolo della responsabilità della donna delinquente non può prendersi in considerazione ciò che non le è personale. Sarà minore il numero delle donne che delinquono; ma la donna

Digitized by Google

che ha delinquito, appunto perchè la eccezione è più rara, bisogna dirla più corrotta e malvagia dell'uomo che fa altrettanto; o per lo meno bisogna dirla ugualmente responsabile: e tanto basta. Affermisi pure, se vuolsi, che le donne sono più *morali* degli uomini perchè più raramente delinquono; ma la donna che ha delinquito non può trovare scusa alla sua immoralità nella moralità delle sue compagne (2).

Tale è la opinione che, rispettando le convinzioni difformi, io professo. Trovo nel sesso una circostanza diminuente la pena; non so persuadermi a trovarvi una minorante della imputazione.

(1) Io mi soscrivo interamente alla sentenza dello Ionge *(de delictis vol. 2, pag. 297) Civitas genere poenae, et adminiculis quibus uti potest, conari debet (quantun fieri licet) noxium tanquam civem, et tanquam hominem emendare; verum hoc numquam juris puniendi principium esse potest.*

(2) Questa confutazione di Bonneville fu riprodotta ed esornata dal dottissimo Professore Wahlberg *(Eco dei tribunali n.* 1366) ove aggiunge che se dovessero prendersi a norma della imputazione i dati statistici raccolti da Bonneville, i medesimi imporrebbero che più si punissero le delinquenti vedove che non le maritate, essendo incontrastabile che tra le prime il numero delle colpevoli è assai maggiore che non tra le seconde: così si andrebbe ad una casuistica che metterebbe in caricatura la proporzione delle pene. Nello stesso senso scrisse Ziliotto nell' *Eco dei Tribunali n.* 1893 *e* 1894: ed in senso favorevole alle donne Fraccagnani *della ragione filosofica del diritto penale, cap.* 6, *Camerino* 1861.

Digitized by Google

3.° *Sonno.*

§. 238.

Gli atti commessi nel *sonno,* quantunque in quelli individui che vanno soggetti al fenomeno misterioso del *sonnambulismo* presentino a primo aspetto il sembiante della intelligenza, sono puramente macchinali, e non diretti da una volontà razionale, nè dalla coscienza delle proprie operazioni. Perciò tutti consentono che non possa all' uomo obiettarsi il *dolo* per ciò che fece nel sonno (1).

(1) Beutel *de jure circa somnum et somnia, cap.* 5, *de jure circa somnia in delictis (in* Thomasio *dissertat. juridicae vol.* 1, *diss.* 11) — Ippius *de delicto et poena noctambulorum sive dormientium et somniantium cap.* 2, *an et quousque obligentur noctambuli dormientes, somniantes, ex maleficio, Groningae* 1776 — Debay *Les mystères du sommeil, Paris* 1854. Parecchi esempi di delitti commessi da nottambuli durante il sonno raccoglie Steinback *de stupro in mentecaptam* §. 18 *et* 19, *Lipsiae* 1754 — Tiraquello *de poenis temperandis, causa* 5, *n.* 11 — Grantz *defensio inquisitor, pars* 1, *cap.* 5, *memb.* 2, *sect.* 3, *n.* 104, *Francofurti* 1718 — Brouwer *de jure connubiorum lib.* 1, *cap.* 4, *n.* 14, *Delphis* 1714.

§. 239.

Si ammette per altro che possa al *sonnambulo* obiettarsi la *colpa* (1) non già per quello che egli fece *nel sonno,* ma più propriamente per le cautele che

Digitized by Google

non usò *quando era desto,* se, conscio della propria infermità, potè prevedere che questa lo avrebbe guidato a violare la legge dormendo, e non provvide ad impedire siffatto male. Ma di questa eccezionale avvertenza sarà rarissima l' applicazione.

(1) La dottrina odierna intorno ai reati commessi nel sonno risale alle più antiche pratiche, ed è venuta a noi senza modificazione: Caldero *decisiones Cathaloniae, decis.* 43, *n.* 40, e gli autori ivi a larga mano citati. Il caso più frequente di tale ricerca occorreva nel bambino lattante soffocato nel letto dalla nutrice dormiente, ove la colpa consisteva nello avere omesso le debite cautele la donna prima di darsi al sonno. Qui la pratica introdusse una distinzione singolare fra la madre della creatura soffocata, e la nutrice straniera: a questa s' irrogò la pena dell' omicidio colposo; quella si disse, *magis miseratione digna,* considerandosi bastantemente punita dal proprio dolore e dai propri rimorsi. Parmi che in tale distinzione il cuore soverchiasse la logica, perchè la colpa dovrebbe invece dirsi maggiore dove più sacri sono i doveri manomessi.

§. 240.

Non può accettarsi come praticamente possibile e meritevole di speciale provvedimento, la fantastica ipotesi di un sonnambulismo *vero* ma *affettato;* cioè di un disegno diretto a preparare a *sè stesso nel sonno* i mezzi di commettere un delitto *deliberato vegliando.*

Digitized by Google

4.° *Sordomutismo.*

§. 241.

Il filosofo che reietta la dottrina del sensismo, riconosce nell' anima umana la potenza di supplire anche al difetto di un senso per raggiungere una netta nozione delle cose, bisogna però che riconosca una limitazione a questa teoria nella percezione delle idee astratte (1).

(1) Questa comune opinione è stata recentemente combattuta con molta dottrina dal Professore Veratti di Modena. Nella sua opera *sulla imputabilità dei sordo-muti* egli sostiene, all' appoggio di molti fatti da lui raccolti, che anche il sordo-muto non istruito possa essere imputabile.

§. 242.

Le idee astratte, quali sono quelle di dovere, di diritto, di giustizia, non si acquistano dall' uomo se non mercè la comunicazione che ne riceva per l' udito dagli altri uomini. Il veicolo necessario alla comunicazione delle idee astratte è la *parola:* gli altri sensi possono farci acquisire la nozione del giure penale come di un *fatto materiale,* ma non la nozione della sua *giustizia.* Non è che a tali aspirazioni sia indispensabile all' anima umana l' aiuto dei sensi. Ma le occorre un senso che serva a porre in comunicazione la intelligenza del bambino con le intelligenze altrui. Le anime sciolte dagli organi avrebbero questa potenza in loro stesse; perchè la

Digitized by Google

comunicazione dei pensieri si forma tra loro per una intuizione reciproca. Ma finchè l' anima è imprigionata nel corpo non vi è contatto fra intelligenza ed intelligenza, se non per mezzo degli organi, e più specialmente dell' udito e della loquela.

§. 243.

La impotenza pertanto in cui trovasi quell' infelice che gettato in mezzo agli uomini senza l' organo dell' udito non ebbe mezzo di acquisire dall' altrui voce una lucida percezione della idea di diritto e di giustizia, fu causa che si dettassero speciali precetti intorno alla sua capacità giuridica (1) e si accogliesse un tempo come regola la non imputabilità del *sordo a nativitate.*

(1) Guyot *de jure surdumutorum, Groningae* 1824 — Gasser *de inquisitione contra surdum et mutum naturalem, Halae* 1729 — Vive *sur les délits des sourds et muets,* 1803 — Forti *conclusioni pag.* 25.

§. 244.

Quando per altro un benefattore della umanità ebbe ideato il metodo portentoso di istruire i sordomuti, e quando correndo sulle sue orme si utilizzò a pro loro la parola scritta come equipollente alla parola parlata, si compartì a cotesti infelici il mezzo di giungere a concepire le idee astratte supplendo col senso della vista al difetto dell' udito. E allora dovette bene riconoscersi che anche i *sordomuti* potevano divenire responsabili in faccia alla legge civile.

Digitized by Google

§. 245.

Perchè dunque al *sordomuto* possa senza ingiustizia attribuirsi capacità di delinquere, sarà necessario al giudice accertarsi che il giudicabile affetto da tale infelicità era stato istruito per guisa da poter formare un retto giudizio delle proprie azioni, delle conseguenze loro, e dei loro rapporti razionali con la legge penale.

§. 246.

Ove ciò risulti il giudice dichiarando il concorso del *discernimento* in quella data azione del *sordomuto* la quale rappresentò la infrazione della legge, verrà a dichiarare la responsabilità di lui in faccia alla legge stessa. La formula del *discernimento* non è, come parve al G i u l i a n i, equivalente a quella d' *istruzione*. La parola istruzione tanto può esprimere il *fatto causante*, quanto l' *effetto causato*. La responsabilità non nasce dalla istruzione data; ma dal risultato dell' acquisizione dei lumi. Dicendo che il sordo-muto sia imputabile quando è *istruito*, si rischia che un giudice sul certificato della istruzione data al sordo-muto lo dichiari responsabile quantunque sia rimasto un idiota. D' altronde neppure lo stesso fatto causante potrebbe definirsi da una legge *a priori* senza scendere a determinare il metodo e il grado della istruzione fornita. Ottima adunque ed esatta è la formula del *discernimento;* essa sola risponde al principio che non ammette si condanni per presunzione: e la cognizione del discer-

Digitized by Google

nimento bisogna per necessità consegnarla alla coscienza del magistrato, perchè tutta dipende dallo esame speciale delle condizioni dello individuo delinquente, impossibili a definirsi a priori.

§. 247.

Ma ciò non ostante se per tale verificazione il *sordo-muto* apparirà politicamente imputabile, lo sarà però sempre in un grado minore (1) dell' ordinario; perchè un riguardo dovrà aversi alla sua infelicità, e perchè rimarrà sempre un *dubbio* che tale infortunio, di cui egli non è causa ma vittima, abbia in qualche guisa lasciato torbide le sue idee e *influito* sulla sua delinquenza.

(1) Oggidì, che vagheggiando cose nuove si è resa quasi mania lo attaccare le più comuni dottrine, piace ad alcuni demolire eziandio la teorica del sordomutismo dominante nel foro. Si è detto che il difetto del sordomuto non è nelle sue *facoltà mentali*, ma negli organi: osservazione insulsa, perchè può ripetersi intorno al minore e al demente. È un assurdo confondere nel giudizio della imputabilità la *potenza* con l' *atto*. O siete spiritualisti, ed allora dovete convenire che le anime nascono tutte dotate di uguale potenza, e che il giudizio d' imputabilità dipende appunto dallo influsso che gli organi esercitano sull' attuazione di tale potenza. O siete materialisti, ed allora per voi la imputazione non può nascere che dagli organi corporei più o meno perfetti e più o meno sviluppati. Si è poi riprodotto il solito anatema sofistico contro la dottrina della *mezza imputabilità*. Si è detto che il sordomuto o è imputabile, o non è imputabile; che se è imputabile si deve punire come gli altri, se non lo è si deve assolvere; e via di mezzo non ci è. Questo obietto ferisce anche

Digitized by Google

la minore età e la impubertà e il lucido intervallo e la ubriachezza; e cancella affatto tutta la teorica delle degradanti. Noi lo confutammo altrove (§. 210, nota) sotto un punto di vista generale. La luce corporea ha dei gradi; e dei gradi ha la luce intellettuale. E se la *pienezza* della luce intellettuale è condizione essenziale della *pienezza* della imputazione, sarà sempre ingiusto applicare la imputazione *piena* dove la lucidità dello intelletto è *incompleta*. E se della non imputabilità è condizione essenziale, sotto il rapporto dello intelletto, la *totale deficienza* concreta del medesimo nell'azione che vorrebbe imputarsi, è del pari ingiusto lo assolvere dove quella deficienza non fu *totale*. Per sostenere la guerra contro la classica dottrina della degradazione della imputazione si è ideata una nuova formula, e si è detto che trattasi di uno *stato dubbioso* dell'anima. Con questa formula, giuocando sulla parola *dubbio*, si è sfruttata la santa regola che in dubbio si deve assolvere. Qui sta tutto il sofisma di questa nuova dottrina che troppi seguaci ha acquistato ai tempi nostri, e che vorrebbe porre il giudice nel perpetuo bivio o di assolvere, o di condannare alla pena ordinaria. Ma la regola che in *dubbio* si deve assolvere è verissima ed assoluta quando il *dubbio* è *soggettivo* nel giudicante. Quando io sono incerto se colui abbia avuto o no intelligenza lo devo assolvere. Nella contraria argomentazione la parola *dubbio* si trasporta al punto di vista *oggettivo* nel quale non significa più uno stato *negativo*, ma uno stato di *mezzo* nelle condizioni dell'animo non del giudice, ma del giudicabile. Il giudice non è dubbioso, ma è certo che il giudicabile era semi ubriaco, sordomuto, minore ec. Il giudice è *certo* che in tale condizione egli aveva una intelligenza ma incompleta. Questo stato di mezzo della intelligenza a voi piace chiamarlo *stato dubbio*; ma la parola *dubbio* non vi si può concedere di usarla tranne nel senso di *fluttuante, intermedio*, o simili: ed allora non è più logica l'applicazione della regola che in dubbio si deve assolvere, perchè il giudice non è dubbioso ma *certo:* è certo che un grado di luce vi fu, e ciò gli basta per non assolvere;

Digitized by Google

è certo che quella luce non fu completa, e ciò gli basta per non applicare la pena ordinaria. Anche dell' ora del crepuscolo si potrà dire che il cielo è in uno stato dubbioso fra il giorno e la notte; ma noi però siamo positivamente certi non essere quello nè vero giorno nè vera notte, ma crepuscolo.

5.° *Pazzìà*

§. 248.

La *pazzìa* (1) considerata come circostanza dirimente la imputazione, può definirsi — *un abito morboso che togliendo all' uomo la facoltà di conoscere i veri rapporti delle sue azioni con la legge, lo ha portato a violarla senza coscienza di violarla.*

(1) Lo interesse e larghezza maggiore che va ogni giorno ricevendo per la dottrina psichiatrica l' argomento della pazzia, vorrebbe attribuirsi non solo allo sviluppo generale odierno di tutte le scienze, ma alla maggiore frequenza attuale di questo fenomeno, che si volle dichiarare progrediente in proporzione della civiltà; come prese a dimostrare Brierre de Boismont *de l' influence de la civilisation sur le développement de la folie.* La definizione che io qui ho dato della pazzia è una definizione puramente *forense* quale occorreva al bisogno mio. Essa presuppone la definizione medica, della quale io davvero non oserei occuparmi. Chi voglia erudirsi sulle immense differenziali di questa definizione scientifica consulti l' opuscolo di Verga *se e come si possa definire la pazzia, Milano* 1874. Il giurista non può occuparsi di definire la pazzia nelle cause e nelle forme, dovendo limitarsi a studiarla nei suoi effetti giuridici. Ciò si è tentato da molti scrittori di vaglia, che alla profondità del diritto aggiungono anche il corredo di studi filosofici e fre-

Digitized by Google

nologici (Buccellati *sul progetto penale italiano;* nel *Giornale dei Tribunali di Milano anno 3, n. 212* — Tiepolo *della imputabilità penale nei suoi rapporti con lo stato attuale della psichiatria pag. 13 e 14*) ma io non mi sento forze per entrare su questo terreno.

§. 249.

Da questa nozione discendono tre conseguenze:

1.ª Che la sola manìa *intellettuale,* o manìa *con delirio,* può escludere la imputazione. E la esclude sia che presentisi sotto la forma di *imbecillità,* o di *demenza,* o di *furore.* Non la manìa *morale,* o *senza delirio;* la quale moralmente e politicamente guardata non diminuisce la responsabilità dell' agente, quando non altera la potenza intellettiva, nè distrugge la libertà di eleggere. La forza che una mala tendenza eserciti sulla determinazione del maniaco morale aumenta la ragione che ha la società di temerne, senza diminuire la sua responsabilità (1).

2.ª Che la manìa intellettuale esclude sempre la imputabilità quando è *vaga,* o *totale.* Ove sia *fissa,* o *parziale* la esclude soltanto se fu *efficace:* cioè se *influì* sulla determinazione ad agire (2).

3.ª Che la durata maggiore o minore dell' alterazione morbosa niente influisce sulla imputabilità, purchè l' accesso sia concomitante all' azione criminosa; laonde anche un *furore transitorio* può affatto escludere la responsabilità dei propri atti. Ed invece anche il maniaco *con delirio* se delinque nello stato di *lucido intervallo,* è responsabile del proprio fatto. È giusta la osservazione del Robert che vi è differenza grandissima nel valutare la pazzìa per gli effetti *civili* e per i *penali.* Per quelli a causare

Digitized by Google

la interdizione bisogna che abbia una *permanenza* o *continua* o *intermittente:* per questi basta che sia intervenuta in quell'*unico* momento. È questo il caso del furore transitorio.

(1) Dissente modernamente una scuola medica della quale sarebbe troppo lungo enumerare i maestri. In sostanza la sua tesi si riassume nel sostenere che nell' uomo la volontà non possa essere ammalata senza essere ammalato lo intelletto; può vedersi Mandon *histoire critique de la folie, Paris,* 1862. Ma sotto il punto di vista giuridico certe teorie sarà assai difficile che giungano a farsi accettare: in tale aspetto la materia è riassunta da Legrand du Saulle *la folie devant les tribunaux, Paris* 1854: ed è stata presa come tema dal mio valente collega Tancredi Canonico nella sua dissertazione che ha per titolo *il delitto e la libertà del volere, Torino* 1875. I miei dubbi per altro si dileguerebbero in faccia alla pena di morte. In faccia a questa tutte le scuse devono aversi per buone: così rispondo senza esitazione alla interpellanza che a me personalmente diresse Mazzarese. Gli antichi guardarono molto superficialmente i problemi relativi: Frommann *de jure furiosorum, Argentinae* 1656. — *Responsa Tubingensia vol.* 9, *resp.* 12 — Hommel *de temperandis poenis ob imbecillitatem intellectus; in* Martini *Select. dissert. criminal. dissert.* 13.

(2) Questa formula esattissima, accettata ormai dai giuristi, fu posta innanzi da Mittermaier nella sua dotta dissertazione *de alienationibus mentis, Heidelberg* 1825. Di tale scritto assunse la confutazione il Grohmann *de mentis alienationibus, Hamburgi* 1827. Ritornò più volte su questo argomento il Mittermaier non solo in apposita dissertazione pubblicata nel 1838 (che fu tradotta da Ulloa *discorsi vol.* 1, *pag.* 237, *Napoli* 1849) ma in altre moltissime monografie. E recentemente quando a lui piacque onorare di un resoconto la seconda edizione del mio *programma,* censu-

Digitized by Google

rando ciò che io aveva insegnato sulle orme sue in proposito della manìa parziale, parve recedere egli stesso dalla sua antica opinione dicendola contradetta dagli ultimi pronunziati della scienza. Con ciò alludeva alla moderna dottrina medica riassunta da Brierre de Boismont nella sua Memoria letta all' Accademia delle scienze nella seduta del 3 Agosto 1863, ed in altri suoi scritti; dove lo illustre medico prese a mostrare che quando l' uomo pensa è tutto il cervello che pensa, laonde anche un' affezione parziale del cervello modifica per intero la intelligenza e rende assurda la tesi di una irresponsabilità meramente *parziale.* Io non ho lumi bastanti per giudicare le basi di tale dottrina: ma sotto il riguardo pratico giuridico non saprei adattarmi ad esonerare da ogni responsabilità certi uomini che godono in società la pienezza dei loro diritti quantunque affetti da una manìa o da una allucinazione parziale, appunto perchè in tutto il rimanente dando non dubbi segni di acuta e completa intelligenza sarebbe ingiusto chiuderli in un manicomio o trattarli eccezionalmente come insensati. Se dunque costoro malgrado la loro parziale manìa hanno ragione di essere mantenuti nel godimento dei diritti di cittadino, bisogna bene che sopportino la responsabilità. Vedasi Blanche *études sur le code pénal, deuxième étude, art.* 64, *n.* 175. Che anzi dove pure certi diritti fossero interdetti ad un uomo per una manìa parziale (come avviene dei prodighi, i quali in certi casi possono veramente dirsi vittime di una manìa, cosicchè le leggi romane li equipararono ai furiosi) pure non potrebbe accettarsi in massima la loro irresponsabilità: Richter *velitationes velit.* 40, *pag.* 795, *Ienae* 1667. Narra Brierre de Boismont, al luogo citato, il caso singolare di un giovine che essendosi lavate le mani in un vaso dove era un soldo di rame ossidato si fissò in capo che quel rame gli avesse infiltrato un malore nelle mani, e durò 27 anni a lavarsele ogni ora sotto l' impulso di questa paura. Se alcuno (conclude il dotto francese) avesse fregato del rame alle mani di quello infelice, e questi lo avesse ucciso, che si sarebbe detto? Rispondo che io lo

Digitized by Google

avrei assoluto; ma non avrei però concordato che egli fosse interamente maniaco, e perciò se avesse violentato una donna lo avrei condannato.

§. 250.

Anche nel caso di manìa parziale non efficace, e di atto commesso nel *lucido intervallo,* se si mantiene il principio della *responsabilità,* è per altro di giustizia concedere una *minorazione* di imputazione (1). E ciò tanto per riguardo di umanità, quanto perchè quella innormalità delle potenze intellettive lascia sempre sospettare che la infermità abbia potuto esercitare una qualche influenza sulla determinazione delittuosa. D' altronde sente ognuno che in questi casi il danno mediato è sempre minore. Alcuni giuristi vollero ridurre ad una teorica fissa la imputabilità dell' uomo nei lucidi intervalli; e dissero doversi prendere come criterio determinante la *durata proporzionale;* insegnando che se la durata dell' accesso maniaco era *uguale* o più *lunga* del lucido intervallo non vi era imputabilità, e questa doveva ammettersi solo quando i lucidi intervalli durassero più dell' accesso. Io non credo che una questione così delicata possa decidersi autocraticamente con la materialità di un cronometro. Bisogna tener calcolo ancora del *grado* della lucidità intermittente e delle condizioni patologiche speciali dello accesso; cose tutte che esigono l' occhio sperimentato, ed il maturo esame del medico. È inutile avvertire che la pazzìa *simulata* non può essere mai di scusa al delitto. Bensì giova ricordare che tutte le indagini di fatto relative alle condizioni della paz-

Digitized by Google

zia bisogna rilasciarle al giudizio del magistrato (2) nè possono definirsi *a priori* dalla legge (3).

(1) Discordi furono gli antichi sull' apprezzazione dei *lucidi intervalli*, come si rivela dalle dispute fra Gomez (*variar. resolut. lib.* 3, *cap.* 1, *n.* 72) e Fachineo (*controversiae juris lib.* 9, *cap.* 3) ma oggigiorno la dottrina è concorde nel senso che espongo: Friedreich *della imputazione dei pazzi nel lucido intervallo* (negli *scritti germanici* raccolti dal Mori *vol.* 3, *pag.* 17). Molto accortamente i moderni legislatori eliminarono certe dispute astruse, comprendendo nel generale dettato di uno *stato vicino alla mancanza assoluta di coscienza* tutti i pervertimenti dello intelletto che non presentavano i completi caratteri della pazzia, e attribuendo a tale stato una virtù non dirimente ma soltanto minorante la imputazione. Tale fu il concetto dell' art. 64 del codice Toscano, dell' art. 95 del codice Sardo, dell' art. 31 del progetto di Brema; dell' art. 63 del codice Parmense, ed altri. In tal guisa sottrassero i Magistrati alla pericolosa necessità di scegliere fra l' applicazione della pena ordinaria e la assoluzione, con molta pratica utilità.

(2) Tomasio con una dissertazione sottilissima secondo il suo stile, pretese di stabilire *a priori* dei canoni per giudicare la pazzia. Filangieri, benchè niente fautore dell' arbitrio del giudice, ammise la necessità di ricorrervi per queste verificazioni. Carmignani censurò acremente il Filangieri per siffatta dottrina. Niccolini alla sua volta censurò Carmignani, e ristabilì la dottrina di Filangieri; che è la sola praticamente accettabile. Bisogna però che il giudice in queste ricerche deferisca dal giudizio dei periti medici, se non vuole incorrere taccia di presuntuoso e porre a pericolo la giustizia. Che se le opinioni dei periti medici si scindano sopra alcuna di tali questioni, e le opinioni siano per l' uno e per l' altro lato autorevoli, il giudice pone in quiete la sua coscienza abbracciando la opinione più mite.

Digitized by Google

Facendo altrimenti incorrerà non solo la taccia di presuntuoso, ma anche quella di feroce. Della prova della pazzìa nel punto di vista pratico legale trattò recentemente Blanche *deuxième étude art.* 64, *n.* 178; ove esaminò la questione della influenza che può avere sul giudizio criminale la sentenza del tribunale civile che abbia interdetto per pazzìa.

(3) Non vi può essere legislatore che non ammetta come principio la nessuna imputabilità del pazzo. E quando il legislatore avesse affatto taciuto su questa regola, dovrebbero supplirvi i giudici, perchè i fondamenti della umana responsabilità non hanno bisogno di essere vergati in un codice. Ma nei codici moderni si è voluto proclamare questo principio a maggiore cautela. Il codice Toscano lo ha proclamato con la formula generale, *non essere imputabile chi non ebbe coscienza dei suoi atti,* senza scendere ad applicare la regola alla pazzìa, allo errore, e simili: ed in ciò ha fatto benissimo; salvo che forse meglio avrebbe detto della *pravità dei suoi atti,* perchè può aversi coscienza dei *propri atti* nel loro rapporto puramente *materiale* senza una coscienza dei loro rapporti *morali e giuridici.* Altri codici scesero ad applicare il principio alle forme speciali di mancata coscienza; e fu una superfluità. Altri poi vollero nel tema della pazzia scendere anche alla designazione delle sue varie forme coi nomi tecnici; e fecero malissimo, e ne furono censurati dai teorici e dai pratici giustamente. Un codice non dovrebbe mai procedere nei suoi dettati con esemplificazione di condizioni *materiali,* adoperando *definizioni soggettive,* perchè qualunque enumerazione corre rischio di riescire *incompleta* e conseguentemente viziosa. Tanto sulle generalità quanto nella descrizione delle specialità dovrebbe definirsi la *idea,* l' oggettivo giuridico, che è sempre definito e assoluto; mai far dipendere il precetto dalle materialità che sono perpetuamente variabili.

Digitized by Google

II.

Cause ideologiche.

§. 251.

Le cause *morali*, o *ideologiche*, per le quali a certi momenti si rende nell' uomo inefficace la potenza intellettiva di cui d' altronde egli sarebbe completamente fornito, sono la *ignoranza* e l' *errore* (1).

(1) Sui principii generali e sulle distinzioni relative allo *errore nell' obietto* può consultarsi lo scritto di Buri intitolato *sulla causalità e la sua imputazione, Lipsia* 1873, *pag.* 82 *e seg.*

§. 252.

La *ignoranza* consiste nell' *assenza* di qualunque nozione intorno ad un oggetto. L' *errore* in una nozione *falsa* circa un oggetto. La ignoranza è uno stato *negativo* dell' animo: l' errore uno stato *positivo*. Metafisicamente guardati la ignoranza e l' errore sono distintissimi fra loro.

§. 253.

Ma siccome il giure penale non si occupa delle condizioni dell' animo se non in quanto furono *causa di azione;* e siccome lo stato di *ignoranza* come puramente *negativo,* non può essere *causa* di *azione;* così il criminalista non ha occasione di portare

Digitized by Google

le sue osservazioni sulla *ignoranza*, ma soltanto sull' *errore* (1).

(1) Anche Savigny unificò la *ignoranza* e l' *errore* quanto agli effetti giuridici. Ma andando in un concetto opposto insegnò che tutto era *ignoranza*, poichè l' *errore* sempre nasce dall' ignorare una qualche cosa. La dottrina dell' errore nelle materie penali fu nitidamente svolta da Renazzi *elementa juris criminalis lib.* 1, *cap.* 8, *Senis* 1794.

§. 254.

L' errore cade sui rapporti dei proprii atti con la legge, tanto se conoscendo la *legge* si erra sulle *condizioni* che accompagnano il *fatto*, quanto se, ben conoscendo le *condizioni del fatto*, si erra circa la esistenza della legge proibitiva del fatto stesso. Così l' errore guardato in ordine all' *oggetto* su cui cade, può essere o di *fatto* o di *diritto*.

§. 255.

L' errore può nascere da una allucinazione dell' intelletto, di cui l' uomo, con lo adoprare cautamente i sensi e la ragione, si *poteva liberare;* o può avere causa da un abbaglio che tutta la più accurata diligenza *non potea dileguare*. Così l' errore, guardato nella sua causa, dividesi in errore *vincibile*, e *non vincibile*.

§. 256.

Finalmente la falsa nozione che avviluppò la mente potè esser tale, che data anche la sua verità,

Digitized by Google

rimanesse sempre la criminosità dell' azione: e potè esser tale che se fosse stata vera, la criminosità *sarebbe sparita.* Così guardato nel rapporto della sua *influenza* sulla criminosità dell' azione, l' errore dividesi in errore *accidentale* ed in errore *essenziale.*

§. 257.

Poste queste nozioni, ecco le regole secondo le quali si valuta l' errore come circostanza modificatrice della imputazione.

§. 258.

1.° — L' errore di *diritto* non scusa mai. Esige politica che si presuma nel cittadino la cognizione della legge penale, che d' altronde è debito di ognuno di conoscere.

§. 259.

A cotesta regola può farsi moderata limitazione nel caso di *forestiero,* giunto *di recente* nel territorio dominato dalla legge che egli violò; purchè per altro nell' atto da lui commesso ricorrano queste due condizioni, 1.° che non sia riprovato dalla *morale,* 2.° che non sia proibito *nella patria* del forestiero medesimo. Cosicchè questa eccezione è tutta propria delle *trasgressioni;* difficilmente applicabile ai *veri delitti* (1).

(1) La regola che l' *errore di diritto* non scusa, ha però bisogno di una dichiarazione che generalmente tralasciasi dai

Digitized by Google

teoristi, forse perchè giudicata inutile e perchè tranquilla nella pratica. Non scusa l' errore di diritto quando cade sulla legge penale: ma può scusare benissimo se cade sopra altre leggi. Per esempio, la figlia che alla morte del genitore occupa le sostanze lasciate da lui e ne dispone, non potrà condannarsi come rea di furto, o di espilata eredità, quando ragionevolmente alleghi di non avere conosciuto la legge civile che deferiva la successione agli agnati più remoti. Qui manca il dolo. Qualunque errore per cui fermamente si creda propria la cosa che è altrui, esclude la nozione giuridica del furto. Così fu recentemente assoluto in Prussia un imputato di bigamia (come si ricorda da Mittermaier) perchè vittima di un errore di diritto. Lo errore consisteva nel credersi libero e sciolto dal precedente vincolo coniugale in virtù di una sentenza di separazione da lui ottenuta contro la prima moglie, quantunque la sentenza stessa mancasse di quelle forme che per le leggi colà veglianti erano indispensabili a produrre tale effetto. Quello errore era evidentemente *di diritto,* perchè in sostanza si allegava la ignoranza della legge sopra i divorzi. Ma i tribunali dichiararono che aveva agito in buona fede e assolvettero; e fu giusto lo assolvere. Non lo avrebbero però potuto assolvere quando egli avesse dedotto d' ignorare la legge penale che dichiara delitto la bigamia. Identica massima stabilì il Tribunale supremo di Berlino, con decisione dell' 11 Giugno 1874 in causa *Sieblor:* trattavasi di un tale che aveva venduto una casa, ed era imputato di furto perchè dopo la vendita si era appropriato alcune casse immurate colà, ignorando la teoria degli immobili per destinazione. Vedasi Buccaroni *de differentiis inter judicia civilia et criminalia diff.* 132, *n.* 21. Largamente sulle ragioni di negare ogni scusa all' errore di diritto anche nei delitti di creazione politica dissertò Van Pelt *de ignorantia et errore in delictis* §. 14, *pag.* 31, *Gandavi* 1826. Vedasi anche Bonfils, *de la competence pag.* 280. Fuvvi chi tentò limitare la regola per favore alle femmine: Klein *de innoxia mulierum juris*

Digitized by Google

ignorantia; in ejus dissert. pag. 2, *dissert.* 18, *pag.* 881, *Gustraviae* 1706. Ma gli argomenti tratti dalle leggi civili hanno poco valore in criminale.

§. 260.

2.° L' errore *di fatto* esime da ogni imputazione quando fu *essenziale*, e *invincibile*. In nulla peccò chi non credea di peccare, quando non gli era possibile di illuminarsi sulla pravità del suo fatto.

§. 261.

3.° — L' errore di fatto, anche invincibile, non scusa se è *accidentale*, o *concomitante*. La volontà fu diretta al delitto; le varietà degli effetti, quando non modificano il delitto, non sono valutabili. E se lo modificano (e debbano per conseguenza attendersi) ove lo modifichino in *meno* sarà l' *evento*, non sarà l' *errore* che gioverà al colpevole (1); ove lo modifichino *in più*, l' errore in ordine alla circostanza variata ed alla aggravante che ne nascerebbe diverrà *essenziale*. Cosicchè resta costantemente vera la formula che l' errore *accidentale* non scusa.

(1) Sulle varie configurazioni dell' errore di fatto Six (*de errore facti in delictis, pars* 1, *pag.* 10, *Lugduni Batavorum* 1840) riferisce le dispute tra Feuerbach e Tittmann; e alla *pag.* 60 svolge la distinzione fra *errore nell' obietto, errore nell' evento,* e *aberrazione:* tre casi nei quali la differenza è pronunciatissima, e che vogliono essere distintamente esaminati e giudicati.

Digitized by Google

§. 262.

Così se alcuno volendo uccidere Cajo, uccida Tizio, non si potrà pretendere che costui sia responsabile di *tentato omicidio* contro Cajo, e di *omicidio involontario* a danno di Tizio (1). È reo dell' omicidio di Tizio: e quest' omicidio è *volontario*, perchè la volontà dell' agente era diretta alla morte di un cittadino ed il suo braccio l' ha operata.

(1) Qualche scrittore germanico pretese sostenere siffatta tesi. Altri la confutarono senza discriminazione. L' Haus (*Cours de droit criminel n.* 135, *Gand* 1861) concilia le divergenti opinioni distinguendo così: si è ucciso un individuo credendo che fosse Cajo mentre invece era Pietro, ed allora siccome il risultato dell' azione è stato quello che si voleva, perchè l' *individuo* colpito è *materialmente* quello contro cui si dirigeva l' azione, così in questi termini non si deflette dal titolo di omicidio volontario. O invece si è scagliato il colpo contro Cajo, e si è ucciso Pietro che gli era vicino; ed allora si avrà un omicidio tentato o mancato a danno di Cajo, e un omicidio involontario a danno di Pietro. Vedasi Six *de errore facti in delictis, pars altera, pag.* 40; *et pag.* 54, 55 — Pfotenhauer *de delicto per errorem in persona commisso, Halae* 1828: e ciò che dirò a §. 1156 e 1350, ove raccolgo quel più che si è questioneggiato in proposito negli ultimi tempi.

§. 263.

4.° — L' errore di fatto essenziale quando è *vincibile* esime dalla imputazione in ragione di *dolo*, ma vi sostituisce la responsabilità in ragione di *col-*

Digitized by Google

pa. Fu una *omissione volontaria* di diligenza il non riflettere a ciò che avrebbe dileguato l' errore. Questa volontaria omissione fu *causa* della infrazione della legge. Dunque rimane una responsabilità.

§. 264.

Così l' errore *vincibile,* al pari della *colpa,* se non vale come causa *dirimente,* vale però come *minorante* la imputazione. In tal guisa la *colpa* trova la sua sede nella teoria del *grado,* perchè modifica grandemente, e talvolta perime la imputazione: come ve la trova il *caso,* che sempre la distrugge.

§. 265.

Ma fra l' *errore vincibile* e la *colpa* ontologicamente guardati, intercede questa diversità; che nella colpa *non si sono previste* per negligenza *tutte le conseguenze materiali* del proprio fatto, e manca ogni direzione della intenzione verso l' evento che si è prodotto. Nell' errore *vincibile* le *conseguenze materiali* del fatto *si sono previste* e *volute,* ma non si è prevista per negligenza o per un equivoco di fatto, la conseguenza *giuridica* della violazione della legge che stava in quell' evento.

§. 266.

Quale sia il criterio della colpa e della sua graduabilità, e come si distingua dal dolo e dal caso lo notammo (§. 88) di sopra.

Digitized by Google

§. 267.

La imputabilità della *colpa* procede così rapporto all' uomo che fu causa *immediata,* come rapporto a colui che fu causa *mediata* della infrazione; purchè nei loro atti respettivamente ricorra l' elemento *morale* desunto dalla prevedibilità, e l' elemento *fisico* desunto dalla efficienza positiva degli atti medesimi. Ma la respettiva imputabilità non varia per essere la causa o mediata o immediata: sempre subisce il criterio della prevedibilità; nè la responsabilità dell' una esclude la responsabilità dell' altra agli effetti penali (1).

(1) La penale responsabilità della *causa mediata* nelle lesioni colpose è stata riconosciuta da un giudicato della Corte di Cassazione di Francia del 16 Giugno 1864. Trattavasi di un infortunio avvenuto ad un operajo; erasi stabilito che vi era stata imprudenza per parte dell' operajo stesso; ma che altresì vi era stata negligenza per parte dell' intraprenditore del lavoro: e la negligenza dell' intraprenditore, si faceva consistere — 1.° nel non avere somministrato all' operajo la scala occorrente, ed averlo così costretto a costruire un ponte — 2.° nello avere osservato visitando il lavoro che quel ponte era male costruito e minacciava la caduta che poscia avvenne, ed avere tollerato che si continuasse ad usarne. In questi termini di fatto fu dichiarata la responsabilità penale dell' intraprenditore. Vedasi Morin *Journal du droit criminel n.* 7973. Questa dottrina però della responsabilità della causa mediata nei fatti colposi, che procede, a parer mio, in presenza di *atti positivi* dell' uomo cui si rimprovera di essere stato causa mediata dell' infortunio, difficilmente potrebbe estendersi ad *atti* puramente *negativi* ed alla ipotesi di una completa inazione.

Digitized by Google

§. 268.

La regola che la *colpa* porti notevole *diminuzione* nella politica imputabilità è inconcussa. Divergono però le opinioni circa l' effetto *dirimente* di questa condizione dell' animo. Alcuni lo hanno negato sempre, non solo nella colpa *lata* ma anche nella *leve*, e *levissima*. Altri (come Carmignani) lo ammisero nelle ultime due, perchè vollero desumere il fondamento della imputabilità della colpa dal sospetto del dolo. Altri con più retto consiglio, desumendo cotesto fondamento dal danno mediato, attribuirono effetto diminuente alla colpa *leve* e alla *lata:* effetto *dirimente* alla *levissima*, nella quale (qualunque ne sia stato l' effetto) manca assolutamente ogni fondamento di politica imputabilità, perchè non può nascere allarme valutabile da un fatto cagionato da tale imprevidenza, nella quale i cittadini sentono che la *maggior parte di loro* sarebbe facilmente incorsa (1).

(1) La tesi che la colpa *levissima* (anche nei fatti più gravi nel loro risultamento) non presenti assolutamente i caratteri di politica imputabilità, e sia una ingiustizia punirla, si dimostra da me ai §§. 1096, 1097 sul fondamento di autorità e di irrecusabili ragioni.

§. 269.

Tutti però sono concordi nel ravvisare il grado maggiore della imputabilità della colpa quando vi fu *permistione di dolo;* lo che costituisce quella che

Digitized by Google

i pratici chiamano *colpa informata da dolo*. In cotesto caso il grado della imputazione non più si misura sul solo criterio della *possibilità di prevedere* l' effetto dannoso, ma sulla norma del *dolo* che concorse nell' atto.

§. 270.

E tutti i criminalisti Italiani (discordando però alcuni moderni Alemanni) sono pure d' accordo nello insegnare che anche il *caso* possa essere nei congrui termini politicamente imputabile in ragione di *colpa*, quando l' agente che per mero fortuito violò la legge, versava in *cosa illecita* (1).

(1) Qui è da richiamarsi il mio *studio sul caso fortuito* pubblicato negli *opuscoli, op.* 31, *vol.* 3, ove dimostro che la divergenza sta, in sostanza, nel diverso modo con cui si definisce il *caso fortuito*. Se aderendo alla nozione puramente astratta del caso fortuito se ne tengono come condizioni la assoluta *imprevedibilità* ed *imprevenibilità* dello evento, è certamente uno sbaglio ed una ingiustizia imputare il caso fortuito ad un uomo perchè versava in cosa illecita. Ma coloro che dettarono quella regola, nella sua generalità giustamente combattuta dai moderni Alemanni, presero il concetto del caso fortuito in un senso concreto ed improprio, supponendo che potesse *prevedersi* e *prevenirsi* lo evento dallo agente che ne fu causa.

§. 271.

Evvi però una forma speciale di degradazione desunta dalla mancata previsione dell' effetto più grave, che costituisce un medio di imputazione fra quella che si darebbe al fatto *doloso*, e quella che si darebbe al *fatto colposo*. Tale è la così detta *pre-*

Digitized by Google

terintenzionalità, che è un titolo speciale applicato frequentemente in pratica agli omicidii commessi *con animo di offendere* e senza *intenzione di uccidere*. Nell' omicidio *praeter intentionem* si ravvisa il *dolo* che nasce dalla intenzione di *nuocere* al nemico. Ma quanto all' effetto letale vi è colpa, perchè si suppone *non preveduta* la morte. Vi è meno che nel *dolo indeterminato*, pel quale l' effetto più grave si suppone *preveduto* quantunque non precisamente voluto (§. 70): vi è più che nella colpa, perchè si agì con intenzione diretta a recar male al nemico.

ARTICOLO II.

Del grado rapporto alla volontà *dell' agente.*

§. 272.

L' uomo ha facoltà di determinarsi nelle sue azioni, preferendo a proprio talento il fare o il non fare, dietro i calcoli dell' intelletto. Questa potenza è quella che costituisce la sua *libertà di elezione*. È in virtù di tale facoltà che a lui si chiede conto degli atti a cui si determina.

§. 273.

La *libertà* di eleggere, come potenza astratta dell' animo, non può mai togliersi all' uomo. Anche colui che cade da un' altezza, mentre cade e sa di cadere non vorrebbe cadere. La libertà come *idea* gli rimane: ma gli è impedita la realizzazione dell' idea.

Digitized by Google

§. 274.

Può essere tolta all' uomo la pienezza dell' *arbitrio* nell' atto della sua determinazione quando una causa o esterna o interna agisca per guisa sull' animo suo da esercitare valido impulso sulla sua determinazione.

§. 275.

L' atto in tal caso è sempre *volontario,* perchè la libertà della scelta rimaneva sempre all' agente; ed ei *volle* appigliarsi ad uno piuttosto che ad altro partito. Ma la sua volontà dicesi meno spontanea, perchè minorato l' *arbitrio* nell' atto della determinazione.

§. 276.

Siffatta diminuzione di spontaneità deve essere tenuta a calcolo a favore di colui che al seguito di tale impulso violò la legge; perchè per essa minorasi la forza morale del delitto, tanto nel suo elemento, che è la prava intenzione, quanto nel suo risultato, che è il danno mediato (1). Dunque le degradanti desunte dalla minorata libertà non procedono neppur queste da benignità od indulgenza, ma dalla obbedienza a rigorosi principii di *giustizia;* e così non possono nella loro generica ammissione rilasciarsi allo arbitrio del giudice. L' accusato ha un vero e proprio *diritto* alle medesime.

(1) Tutte le degradanti hanno per loro effetto una diminuzione anche nella forza morale oggettiva del malefizio

Digitized by Google

perchè ne nasce un malo esempio minore ed un minore allarme. In ciò si trova una ragione *politica* di accettare la minorante della imputazione. Ma il cardine *giuridico* della degradazione sta tutto nella minorazione delle forze *soggettive*. Vuole giustizia che s' imputi *meno* un reato quando si trova un *meno* negli elementi che lo costituiscono. La diminuzione consequenziale delle forze oggettive è un effetto della legge dei correlativi, che mostra non esservi inconveniente nessuno per la società nello ammettere le degradazioni delle forze soggettive come criterio minorante la imputazione.

§. 277.

Le circostanze che operano cotesto effetto di limitare l' *arbitrio* dell' uomo nella determinazione del suo volere, costituiscono nella scienza nostra la teorica della degradazione del delitto nello elemento della volontà.

§. 278.

La forza che costringe l' uomo ad agire può essere *fisica, o morale. Fisica* quando agisce sul *corpo; morale* quando agisce sull' *animo*.

§. 279.

Nel primo caso l' uomo dicesi *invito;* nel secondo *coatto*. L' *invito* non può essere mai responsabile in faccia alla legge penale. Esso non è agente, ma agito; la causa della infrazione non è egli, ma quella forza che si vale del suo corpo come stromento di un' azione, nella quale egli è meramente passivo.

Digitized by Google

§. 280.

Nell' atto *involontario* l' uomo *fisico* è attivo, ma l' uomo *interno* non vi ha preso parte; vi è *azione*, ma non *intenzione*.

§. 281.

Nell' atto *invito* non vi prende parte neppure l' uomo fisico, perchè anche questo è passivo. Non di quella *passività* che esso ha sempre rispetto all' anima alla quale è congiunto, ma di una passività innormale; perchè obbedisce all' impulso di un altro corpo e non dell' anima propria. Non vi è nè *intenzione*, nè *azione*.

§. 282.

Nell' atto *coatto* prende parte l' uomo interno, e l' uomo esterno: vi è *intenzione* ed *azione:* ma vi è limitazione di *arbitrio* nella determinazione e nell' azione (1).

(1) Può dunque nei casi concreti trovarsi nello agente, quantunque *coatto*, anche la intenzione *diretta* e il dolo *determinato*. Nè col dichiarare ciò si contrae alla *coazione* in modo assoluto, nè si pregiudica sempre alla possibilità del suo concorso. Altro è la intenzione *imperfetta;* altro la *indiretta*. Si può delinquere con la intenzione *diretta*, ed essere in uno stato di intenzione *imperfetta* dal lato della libertà. È verissimo che lo aggredito quando uccide l' assassino perchè a lui minaccia sovrastante ed inevitabile morte, ha per *ultimo fine* della sua azione la propria salvezza, e nessun' altra ragione lo

Digitized by Google

muove ad uccidere: ma è vero altresì che egli *vuole uccidere*, ed a questo suo fine immediato dirige determinatamente i suoi atti. Anzi in certe condizioni può questa sua volontà essere eziandio maturata e deliberata, come nel caso del viaggiatore caduto in mano dei briganti, che profitta del sonno loro onde sgozzarli, e sottrarsi alle mutilazioni ed alla propria strage non altrimenti evitabile.

§. 283.

Questo effetto della coazione morale, o psicologica, che rendendo meno spontanea la volontà, modifica la imputazione, si ritrova — 1.° nella *coazione* propriamente detta, o *violenza morale esterna* — 2.° nell' *impeto* degli affetti — 3.° nella *ubriachezza*.

1.°

Coazione

§. 284.

Coazione, in stretto senso, significa il costringimento che l' aspetto di un grave male imminente esercita *sull' animo* dell' uomo, e ne violenta le determinazioni (1).

(1) Moltissimi dissertarono su questo interessante argomento: Struvio *de vindicta privata, Jenae* 1736 — Henr. Coccejo *exercitat. curios. exerc. de fuga, cap.* 5, *Lemgoviae* 1722 — Venema *de casu extremae necessitatis* — Vries *de naturali sui defensione, Lugduni Batavorum* 1723 — Collard *de moderamine inculpatae tutelae, Franequerae* 1717 — Strykio *de jure necessariae*

Digitized by Google

defensionis; dissert. vol. 10, *dissert.* 4 — Bang *de moderamine inculpatae tutelae, Hauniae* 1819 — Feuerbach *de caussis mitigandi ex capite impeditae libertatis, Jenae: in* Martini *select. dissertat. jur. crim. disser.* 14, *pag.* 480 — Puttmann *opuscula criminalia, opusc.* 5, *Lipsiae* 1789 — Van der Maèsen *de justa sui defensione, Trajecti ad Rhenum* 1807 — Germighausen *de violenta defensione privata, Jenae* 1740 — Levita *sur la légitime défense.* Quelli però che a mio credere hanno più esattamente di ogni altro formulato la teoria della necessità di difesa, sono Nicolini *(questioni di diritto, parte* 2, *quest.* 25, *n.* 9, *pag.* 289 *ediz. livornese; e quest.* 26 *per intero, pag.* 293) l' Haus *(cours de droit criminel* §. 161) e Bélime *(philosophie du droit tom.* 1, *pag.* 204, §. *je répondrai).* Più recentemente se ne è occupato Gregory *(de inculpatae tutelae moderatione, Hagae Comitis,* 1864), e con la sua consueta profondità lo eruditissimo Berner, nella sua dissertazione *de impunitate propter summam necessitatem proposita;* e l' illustre Glaser nella sua dissertazione sulla *necessaria difesa,* pubblicata il 1858, e riprodotta nei suoi *opuscoli (Vienna* 1868, *vol.* 1, *opusc.* 9, *pag.* 193) il quale ha riassunto con mirabile esattezza i principii fondamentali della legittima difesa, respingendo ogni idea di scusa, e affermandola un *contenuto* della idea del diritto e un coefficiente al mantenimento dell' ordine, non senza usufruire il pensiero che nella protezione del diritto la forza dello Stato è un *mezzo* e non un *fine:* dire che è un *fine* porterebbe allo assurdo che se si negasse la legittima difesa al privato si sacrificherebbe il *fine* al *mezzo,* ed in ultima analisi la negazione della difesa si convertirebbe nella negazione del diritto.

§. 285.

L' atto a cui l'uomo si determina per simile costringimento può assumere duplice forma; cioè o

Digitized by Google

quella dell' *azione*, o quella della *reazione*. Distinzione che non fu sufficientemente avvertita in molti codici (1).

(1) Vedasi Valdeson *théorie du code espagnol p.* 70, 72; e la mia nota a §. 288, e l' altra nota §. 1331.

§. 286.

Si ha l' effetto dell' *azione* quando la violenza procede o dal caso o da un terzo, e l' atto a cui l' uomo si appiglia per salvarsi dal male che gli sovrasta, dirigesi contro una persona che *non era causa* del male stesso. Nel qual caso, degno di osservazione quantunque più infrequente, ricorrono sotto il punto di vista della posizione morale dell' agente uguali termini, e devono ricorrere uguali principii come nell' altro.

§. 287.

Si ha l' effetto della *reazione* quando per liberarci dal pericolo imminente respingiamo *quell' istesso* che a noi lo minaccia, e pel bisogno della *difesa* nostra non ci limitiamo alla semplice *repulsa* dell' attacco, ma procediamo ancora alla *offesa* dell' aggressore.

§. 288.

In entrambo i casi vi è concorso di *volontà*, perchè anche il *coatto vuole*, e si determina con esercizio libero della sua attività psicologica a scegliere il male altrui prima che il proprio. Ma pure cessa la *punibilità* sì dell' *azione* come della *reazione*,

Digitized by Google

quantunque in loro si configuri un fatto materialmente contrario alla legge, purchè nel timore che ci ha spinto ad agire o reagire ricorrano gli estremi di quello che i criminalisti appellano *moderame dell' incolpata tutela*, o con formula più completa (1), *necessità*. Fu, rigorosamente parlando, una inesattezza quella nella quale caddero i criminalisti e codici moderni quando dissero che lo stato di necessità rendeva *non imputabile il fatto*. Schütze (Professore a Kiel, ducato di Holstein) ha rilevato tale inesattezza, ed acremente l' ha censurata osservando che il fatto quando fu *voluto* con previsione dei suoi risultamenti è sempre *imputabile*. Doveva dirsi che non era *punibile*, e fu errore negare la imputabilità. Io uccisi volendo uccidere, e questa strage che proviene dalla mia mano mossa precisamente al fine di uccidere dalla mia volontà di uccidere, non può non essere *imputabile* a me. Schütze ha perfettamente ragione. Ma l' errore del comune linguaggio moderno, che scambiò la imputabilità con la punibilità, fu piuttosto effetto di una figura rettorica che di uno sbaglio di principii. L' azione commessa nello stato di necessità è sempre *imputabile come fatto* allo agente. Non è però *imputabile come delitto*. La parola *imputabile* ed *imputabilità* ha dunque nell' uso pratico due sensi. L' uno *assoluto* (imputabile a me *come fatto mio*) l' altro *relativo* (imputabile come *fatto criminoso*). Ora i moderni criminalisti sono caduti generalmente nell' uso di adoperare la voce *imputabile* nel senso *relativo* (incriminazione, imputazione come delitto) ed hanno obbedito a quest' uso anche nel tema degli atti commessi in stato di necessità: e dicendo

Digitized by Google

non sono imputabili non hanno già inteso di proclamare lo errore che non stiano alla responsabilità del loro autore come avverrebbe degli atti involontarii e dei fortuiti: hanno voluto dire che non ricorre a riguardo loro la imputabilità in senso *relativo;* cioè la *imputabilità come delitti.* Se si accettasse la parola *incriminabili* come designante la *imputabilità relativa,* si potrebbe dire sono *imputabili* ma non sono *incriminabili;* e sarebbe la formula più esatta, perchè la non *punibilità* può derivare tanto dalla non incriminabilità, in quanto il fatto perchè eseguito *jure* non fu delitto, come perchè il fatto sia realmente non imputabile allo agente perchè prodotto da forza maggiore o da fortuito.

(1) I modernissimi criminalisti alemanni distinguono, mercè diverse formule, la *coazione,* che io dico produrre *l' azione,* e la *coazione* che io dico produrre la *reazione.* Essi hanno detto la prima — *scusa derivante dallo stato di necessità* — e hanno detto la seconda — *scusa derivante dal moderame dell' incolpata tutela.* Quando io invado il giardino del mio vicino per sottrarne scale, acqua, od altro, onde valermene a frenare l' incendio che divora la mia casa, io non procedo (secondo il linguaggio nostro) ad una *reazione* coatta ma ad una *azione* coatta. Gli alemanni dicono invece (e dicono benissimo) questa non è la scusa del *moderame,* perchè col rubare la scala non respingo il fuoco che mi minaccia: è *invece stato di necessità.* La formula tedesca è accettabile ed esattissima; ma il concetto della distinzione è quello identico che accennai già sedici anni addietro nella prima pubblicazione del mio *programma.* In sostanza la ultima evoluzione di questa dottrina nella scuola Germanica distingue la scusa della *coazione* in due forme in un modo più pronunciato, perchè con due diverse formule le designa. Il *furto per fame,* il *naufrago* che fa affogare l' altro *naufrago*

Digitized by Google

strappandogli la tavola che lo reggeva, per farne strumento di salvezza a sè stesso, l' uomo che per ordine del tiranno uccide, onde non essere ucciso dal tiranno, ed altri simili casi non sono forme di *legittima difesa* perchè non si reagisce contro chi è causa del nostro pericolo: sono casi nei quali la colpevolezza sparisce per lo *stato di necessità*. Laddove la scusa della *legittima difesa* propriamente sorge quando si reagisce contro chi è causa attuale del nostro pericolo violentando od uccidendo lui stesso onde stornare da noi quel pericolo. Ripeto che la distinzione è esattissima; ed io stesso (come ho detto) già l' aveva avvertita distinguendo *l' azione* dalla *reazione*. Ma le due forme ricadono però sempre sotto le medesime regole cardinali — 1.° Quando si studiano nel respettivo fondamento giuridico, che è sempre la *coazione della volontà:* e — 2.° Quando si studiano nei rispettivi limiti o condizioni della escusante, le quali stanno sempre nel *moderame,* vale a dire nel non avere ecceduto sia nell' *agire* sia nel *reagire,* oltre quello che era comandato dal bisogno di salvare noi stessi. Il principio cardinale è però sempre l' identico, e risale alla massima che ogni *diritto* ha per suo necessario *contenuto* la facoltà della propria difesa. Tissot *introduction philosophique à l' étude du droit en général, Paris* 1875, *pag.* 285.

§. 289.

Il fondamento *di fatto* di questa scriminazione è il *timore:* il timore presuppone sempre l' aspetto di un *male* non ancora patito.

§. 290.

Il fondamento *giuridico* della scriminazione, non è meramente la *collisione degli ufficii,* nè la *perturbazione* dell' animo. Questi principii, per quanto

Digitized by Google

veri, non sarebbero a solo sufficienti a render ragione *in tutti i casi* della legittimità della difesa privata (1).

(1) Vedasi il mio *discorso sulla difesa pubblica e privata*, in fine: *Opuscoli vol.* 1, *opusc.* 3. L' argomento della legittimità della difesa privata ha occupato tal numero di scrittori che tentarne una completa bibliografia richiederebbe un volume. Teologi, moralisti, pubblicisti, e criminalisti ne hanno latamente discorso. Il concetto giuridico della coazione fu esattamente riassunto anche da Giuliani *istituzioni di diritto criminale vol.* 1, *pag.* 184 *e segg.; vol.* 2, *pag.* 290 *e* 310, *Macerata* 1856. Ma il chiarissimo Giuliani (*pag.* 185) censura Carmignani per un concetto che veramente il nostro maestro non ebbe. Egli equivoca sul primo requisito dettato dal Carmignani, per non avere avvertito al carattere *corsivo:* Carmignani non pose in corsivo la parola *impendeat*, come Giuliani suppone nella sua critica, ma la parola *timor*. La enumerazione del Professore pisano è viziosa, perchè distingue il *soggetto* dal *predicato*, e fa quasi di quello un predicato distinto, errore che poscia emendò nella sua *Teoria:* ma non è vero che egli cadesse nel pleonasmo assurdo di fare della *presenza* e della *imminenza* due requisiti distinti. Del resto che la formula della *collisione degli uffizi* non serva completamente al bisogno, lo mostra la ipotesi della uccisione di un aggressore che sia pazzo o altrimenti irresponsabile, lochè toglie che possa dirsi aver egli per l' aggressione perduto il suo diritto alla vita. Che poi non basti la formula della *perturbazione dell' animo* lo mostra la ipotesi dei viaggiatori sequestrati dai briganti. Se costoro minacciati ad ogni istante di morte e strazii dai masnadieri ordiscono una trama fortunata, con la quale profittando del sonno o della ubriachezza loro, riescano a massacrarli e salvarsi, ben lungi quei viaggiatori dallo avere agito in uno stato di perturbazione di mente,

Digitized by Google

operarono il tutto con calcolo e pienissimo sangue freddo. Ma non per questo potrà dirsi che venga meno la *legittimità* del fatto loro. La *perturbazione dell' animo* è senza dubbio a considerarsi utilmente nel presente argomento, ma non come *fondamento razionale* della scusa: bensì come criterio per ammetterla nei casi concreti, ed eliminare dal giudicabile il rimprovero di *eccesso* sia nel calcolo del proprio pericolo, sia nei limiti della reazione.

§. 291.

Il fondamento costante di tale legittimità è la *cessazione del diritto di punire* nella società. Il gius di punire nell' autorità sociale emana dalla legge eterna dell' ordine, che esige si dia al precetto morale una pronta ed efficace sanzione, la quale completi la legge naturale col guarentire validamente quei diritti che la legge medesima comparte, e col soccorrere mediante la difesa pubblica alla umanità impotente a difendersi dai malvagi con le forze private. La difesa pubblica ha dunque il carattere di *sussidiaria* (1). Ammesso questo postulato, bisogna per forza logica dedurne che quando la difesa privata potè essere efficace, mentre era inefficace la difesa pubblica, quella ha ripreso il suo diritto e questa lo ha perduto. Il proverbio volgare — *necessità non ha legge* — riassume il concetto filosofico di questa teoria, meglio assai che nol facciano tante formule studiate dai pubblicisti.

(1) In questo principio sta tutto il fondamento della legittimità del diritto di punire ed i limiti del suo esercizio. Non è già (come a suo luogo vedremo) che la società eserciti il diritto di punire per *delega* del privato. Questo è un

Digitized by Google

errore. Ma il suo diritto procedendo dalla necessità della tutela giuridica essa non può esercitarlo se non dove fu aggressione contro il diritto, e dove per conseguenza sarebbesi nel momento della violazione legittimamente adoperata la difesa privata se fosse stata materialmente possibile.

§. 292.

Con l' imporre che l' innocente si lasci uccidere, si imporrebbe un disordine, e si anderebbe così a ritroso della legge di natura che è la unica base del giure penale umano. Che se vi è disordine anche nella strage di un altro innocente (come, per esempio, avviene quando l' aggressore che si uccise era un pazzo) la parità dei disordini toglie sempre il diritto di punire, facendone cessare la causa.

§. 293.

La dirimente della *coazione* non si misura dunque sulla *perdita,* o sulla *perseveranza dei diritti* di colui che fu vittima dell' azione o della reazione coatta. Si guarda tutta *nel coatto* medesimo, e si misura dalla sua posizione (1).

(1) Così diviene indifferente nel calcolo della coazione la innocenza della vittima, giusta il celebre esempio di Bacone riferito da Blackstone *commentaries on the laws of England book* 1, *chap.* 14, *Dublin* 1773.

§. 294.

Fu un errore di molti pubblicisti desumere il diritto di difendersi nell' aggredito dalla supposta per-

Digitized by Google

dita del diritto alla vita nell' aggressore. La forza escusante della coazione si deve cercare nell' aggredito, non nell' aggressore, o nella vittima del fatto: *leg. 2, C. ad leg. Cornel. de sicar.* Errore anche più intollerabile, veramente grossolano, è quello di coloro che dimentichi dei più elementari principii di diritto penale vorrebbero si desse alla *legittima difesa* il nome di *scusa* (1). Vero solecismo che non può trovare radice tranne in coloro i quali pensano che se non si dannano a morte tutti i colpevoli sia effetto di una generosa misericordia della autorità. Delirio feroce, che ha per suo contenuto la negazione del diritto. Quando io ho difeso la mia vita o l' altrui dal pericolo di un male ingiusto grave e non altrimenti evitabile, che minacciava l' umana persona, non ho bisogno di scusa: ho esercitato un *diritto:* vero e sacro *diritto;* e meglio può dirsi un vero e sacro *dovere,* perchè tale è la conservazione della propria persona. Delitto orribile sarebbe il punirmi: e un insulto, prodotto dalla ignoranza o dalla crudeltà, dirmi che si concede una *scusa.* Aurea e non disputabile è la sentenza di Florentino alla *leg. 3, ff. de justitia et jure* — ivi — *Quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure ecisse existimetur.*

(1) È singolare il sofisma col quale si è preteso dimostrare questa inaudita proposizione che l' omicidio *legittimo* sia un omicidio *scusato.* Eccolo. L' omicidio commesso per necessità di difesa non si punisce, perchè non si contempla *l' effetto,* ma si contempla invece la *causa.* Lo effetto sarebbe un *delitto punibile,* perchè chi uccide per necessità uccide con volontà di uccidere: sarebbe dunque un *delitto* e dovrebbe punirsi. Ma non si punisce perchè si contempla la *causa* che

Digitized by Google

è quella di salvare sè stesso. Dunque la *causa* opera come *escusante*. Dunque *l' omicidio legittimo* è un omicidio scusato. Siffatto bisticcio pecca di *petizione di principio*. E questa consiste nel supporre falsamente come dimostrato che l' omicidio legittimo sia un *delitto*. Ma tale presupposto, che consiste nello insinuare che ogni uccisione dell' uomo commessa *volontariamente* dall' altro uomo sia sempre un delitto, è smentito dalla definizione che, con universale consenso, dettero e danno dell' omicidio delitto tutti i criminalisti antichi e moderni. Nessuno sognò mai di insegnare che *l' omicidio delitto* fosse la *strage dell' uomo commessa volontariamente dall' altro uomo*. No: con tale definizione sarebbe un delitto anche la uccisione che *volontariamente* commette il soldato sul nemico che si approssima alla trincera; o quello che commette il carnefice sul condannato consegnato alla sua balìa. Sarebbero *delitto*, perchè il soldato e il carnefice uccidono *volontariamente* un uomo. Qui sta il sofisma. Tutti i criminalisti definiscono invece *l' omicidio delitto* con la ben diversa formula che sia *la strage dell' uomo commessa ingiustamente dall' altro uomo*. E bisogna che sia così, perchè nessun fatto può essere delitto se non è *antigiuridico;* e non può essere *antigiuridico quicquid jure fit*. E poichè chi uccide lo ingiusto aggressore per necessità della propria difesa agisce *jure* esercitando il diritto (anzi obbedendo al *dovere*) della propria conservazione, così tale uccisione non è, e non può essere un *delitto*. Ed ecco il circolo vizioso nel quale si immergono questi criminalisti improvvisati dalla crudeltà, ed eruditi soltanto alla scuola dello empirismo. Essi dicono: la *causa* della propria difesa è una *scusa;* dunque l' omicidio per necessità di difesa è un *delitto*. E si infingono di non vedere che quella causa non è una *scusa* ma un *fatto attributivo del diritto ad uccidere*. Poi proseguono a dire: l' omicidio per necessità di difesa è un *delitto;* dunque se malgrado ciò non si punisce, la necessità di difesa è una *scusa*. E si infingono di non vedere che non hanno dimostrato la condizione essenziale di delitto nello omicidio a di-

Digitized by Google

fesa tranne col mezzo di un circolo vizioso. La razza degli Epimenidi pur troppo non è ancora spenta, perchè nelle scuole di filosofia si ama correre dietro alle astruse vie speculative, piuttostochè farsi carne ed ossa dei precetti della logica e della ontologia. Ma l' esercizio della legittima difesa non è e non sarà mai delitto a dispetto di tutti i novelli Epimenidi, perchè nessun fatto umano può essere delitto se innanzi tutto non è *ingiusto:* e pretendere che sia ingiusto un atto eseguito nello esercizio di un *diritto,* è il massimo degli assurdi che possa pronunciarsi da chi si vanta sacerdote della giustizia. Ma pur troppo questi sofismi ormai reietti e derisi da tutte le buone scuole tornano oggi talvolta a fare capolino in faccia ai Giurati, e si spacciano con burbanza al cospetto del pubblico come verità ricevute. Sapendo che si parla a giudici cittadini ignari di legge, si crede che a costoro manchi anche il senso comune, e si spacciano con inaudito coraggio le più assurde proposizioni. Così nessuno oserebbe oggi riprodurre la obsoleta dottrina che *il diritto di uccidere l' aggressore ingiusto* abbia per suo fondamento che costui con lo aggredire e minacciare di prossima strage un innocente abbia *perduto il diritto* al rispetto della propria vita; ed abbia così *meritato* la morte. Ebbene: questo concetto stranissimo io lo udii per due volte consecutive ripetere con enfasi solenne dai sostenitori dell' accusa. Se l' aggressore non fosse stato ucciso dallo aggredito, ma immediatamente arrestato (si disse) ed io lo traducessi oggi dinanzi a voi Signori Giurati chiedendone la condanna a morte, potreste voi oggi condannarlo a morte? Non certamente. Dunque è assurdo l' assunto della difesa: è assurdo che quella sentenza la quale non potrebbe proferire una Corte si possa proferire di sua privata autorità da un privato cittadino: è assai se si concede al privato di surrogarsi al giudice e irrogare egli quella condanna che avrebbe dovuto irrogare il giudice: ma è intollerabile che si conceda al privato una potestà superiore a quella che spetta al giudice. E si soggiunse ancora a motteggio del Pa-

Digitized by Google

trono abolizionista, essere contradittorio sostenere la legittimità di uccidere nel privato, mentre la si vuol negare al magistrato ed alla autorità sociale. Pare impossibile che l' antipatia verso la supposta insipienza dei Giurati renda così coraggiosi da sperare che essi bevano sofismi e frottole di questa natura, le quali non meritano altra risposta che il riso. E col riso io vi risposi, osservando che se il giudicabile avesse ucciso lo assassino dopo che egli era stato morto da lui, io certamente avrei a torto sostenuto la legittima difesa: ma poichè il giudicabile aveva ammazzato prima di essere ingiustamente ucciso, e per non essere ucciso, questo piccolissimo divario fra la situazione di lui e la situazione del giudice risolveva in fumo gli argomenti, gli obietti e le censure del pubblico accusatore. La formula della *perdita del diritto* nello aggressore, o nel proprietario in faccia al furto per fame, od in altri simili casi di necessità, è antiquata nelle materie penali ugualmente che nelle scienze fisiche la formula dell' orrore che ha la natura pel vuoto. La *giustizia* della azione coatta bisogna cercarla sempre nel campo *subiettivo*, cioè nello agente: ecco tutto. Io non dico uccisi *giustamente* perchè l' ucciso aveva *meritato* la morte: dico uccisi *giustamente* perchè io aveva il *diritto* di salvarmi dalla *ingiusta morte* imminente, e non altrimenti evitabile.

§. 295.

Con tali principii (e non con l' asserta cessazione del diritto di proprietà) si legittima anche il furto commesso per necessità di fame. La legge dell' ordine non può preferire il male irreparabile della morte di un uomo, al male reparabile della offesa proprietà: essa è legge di conservazione (vedasi §. 2040 nota).

Digitized by Google

§. 296.

Ora perchè al timore si accordi questo potente effetto di rendere legittimo un atto violatore dei diritti altrui e materialmente contrario alla legge, è in tutti i casi necessario per regola *assoluta,* che nel male minacciato si trovino questi tre requisiti — 1.° *ingiustizia* — 2.° *gravità* — 3.° *inevitabilità.*

§. 297.

1.° Ingiusto — Manca il requisito della ingiustizia in due casi — 1.° quando il male minacciato lo sia con tutta legittimità, come lo è nel caso del condannato a morte che per salvarsi uccida il carnefice o il carceriere, o di colui che respinge la pubblica forza quando legittimamente lo arresta: Morin *journal du droit criminel n. 7934* — 2.° quando, sebbene il male che si minaccia ecceda i limiti della legittimità, vi fu ingiustizia per parte del minacciato: come nel caso del ladro o dell' adultero, che sorpreso e minacciato nella vita dal padrone o dal marito, lo uccida; nel caso dell' eccitatore della rissa; ed in una parola in tutti i conflitti nei quali il pericolo in cui mi sono trovato abbia avuto occasione da un fatto mio riprovevole (1).

(1) Non è già che in tali casi cessi sempre ogni scusa. Ciò avviene di necessità nella ipotesi dello aggressore, il quale se per avere posto in pericolo la vita altrui vide posta in pericolo la vita propria non può per questo invocare nessuna minorante purchè ricorra la *continuità* degli atti. Ma

Digitized by Google

nella ipotesi del ladro, dell' adultero, e di chiunque fu causa del proprio pericolo per un atto riprovevole non aggressivo della vita altrui, la scusa desunta dal pericolo sopraggiunto può rimanere. Cessa però il *moderame* e subentra lo *eccesso di difesa*, ed è allora che con esattezza può adoperarsi il nome di *scusa* abusivamente usurpato nel *moderame*.

§. 298.

2.° GRAVE — La gravità (1) del male non deve cercarsi nell' assoluta verità, che può essere rimasta occulta all' aggredito; ma nella *ragionata opinione* dell' aggredito medesimo (2).

(1) Quanto alla questione della *parità delle armi* vedasi ciò che dico nella nota 1, a §. 1338, e la dissertazione del Sixtino, che trovasi nella interessante raccolta pubblicata sotto il titolo di *consilia marpurgensia* al *vol.* 2, *cons.* 18, *n.* 64 *et seq.* ove tratta latamente anche la questione della *fuga*.

(2) Se il nemico mi corre addosso impostando un archibugio contro il mio petto, ed io più sollecito esplodo la mia rivoltella contro di lui e l' uccido, io avrò agito legittimamente quantunque poscia si trovi che quello archibugio era *vuoto*. Si avrà una legittimità *opinativa*, la quale quando è *ragionevole* si equipara alla *vera*. Io caddi in un errore di *fatto invincibile* e non ebbi coscienza di violare la legge. Latamente nel punto di vista pratico si riassumono tali questioni da Esbach *ad Carpzovium pars* 4, *constitut.* 8, *pag.* 609, *Francofurti ad Moenum* 1703.

§. 299.

Si considera come *grave* il male che minaccia la *vita*, le *membra*, e la *pudicizia* (1): non quello che

Digitized by Google

attacca la *roba:* nè quello che lede la *fama;* tranne rimpetto ad una reazione *correlativa.* E sebbene il commento officiale del codice Bavaro *(art. 129 nota 1);* il codice di Assia Harmstadt, e il codice Austriaco, ammettessero come *causa dirimente* la difesa della proprietà, la comune dei dottori e dei legislatori le accordano soltanto una efficacia *minorante,* che ha la sua ragione nella giustizia dell' affetto motore: ma non mai, quando è isolata, le accordano nei reati di sangue forza scriminatrice. Carmignani ha ridotto con molta esattezza scientifica il criterio della *gravità* del male alla sua *irreparabilità (Teoria delle leggi della sicurezza sociale vol. 2, pag. 239, Pisa 1831):* e questa è la formula più vera così teoricamente come praticamente. Vedasi Ortolan *élément du droit pénal n. 422.*

(1) Della valutabilità del moderame contro un attacco alla pudicizia ricorda notevole esempio Charondas *réponses de droit français n.* 188, *pag.* 323, *Paris* 1637.

§. 300.

Del rimanente è *grave* il male per l' effetto di che si ragiona, tanto se sovrasta *a noi stessi,* quanto se sovrasti *ad altro uomo,* sebbene a noi non congiunto di sangue, purchè innocente, ingiustamente aggredito, e impotente a salvarsi. Legittimando la difesa *propria* e non l' *altrui* (1) si santificherebbe l' egoismo e si proscriverebbe la carità. Un codice cristiano non può essere più disumano delle leggi degli idolatri. Rinnegare (nel concorso dei debiti

Digitized by Google

requisiti) la legittimità della difesa *altrui*, è lo stesso che rinnegare il Vangelo.

(1) Trébutien *cours de droit criminel vol.* 1, *pag.* 160, *Paris* 1854 — Ortolan *éléments de droit pénal n.* 432, *Paris* 1865 — Giuliani *istituzioni vol.* 2, *pag.* 310. La pratica ammise senza esitazione anche la difesa *altrui* come legittima: Caldero *decisiones Cathaloniae decis.* 65.

§. 301.

La legge di natura, dalla quale emana il diritto di punire nella società, non può contradire alla legge di natura che impone l'assistenza dei nostri simili. Proibire ai cittadini di correre al soccorso di un innocente aggredito non è difendere i diritti dell'uomo ma le sue prepotenze; non è un servire all'ordine ma al disordine (1).

(1) Fu erronea la vecchia formula tante volte ripetuta che il timore dovesse essere tale *qui cadat in virum constantem.* Questa formula è pericolosa nella sua applicazione, perchè porta a contemplare il timore sotto un punto di vista astratto, mentre per giustizia deve calcolarsi subiettivamente. Quando l'uomo contro cui si dirigeva la minaccia non era l'*uomo intrepido* ma pusillanime, voi lo punite non perchè è *reo* o *malvagio*, ma perchè è di natura *pusillanime.* Cosa importa cercare se altri avrebbe o no temuto nel caso mio, quando consta che io temetti, che ebbi causa non del tutto irragionevole di temere, e che agii nella coscienza di far cosa legittima!

§. 302.

3.° Inevitabile — Certamente se al male che ci minaccia potevamo sottrarci *altrimenti* che col vio-

Digitized by Google

lare la legge, la violazione deve rimanere punibile; perchè l'arbitrio dell'agente non era più ristretto fra la scelta di due mali ugualmente gravi; e la legge dell'ordine poteva essere osservata, purchè egli eleggesse il mezzo innocente col quale avrebbe evitato e il danno proprio e l'altrui.

§. 303.

Sottrarsi *altrimenti* dal male che ci è minacciato si può, o con previsioni *anteriori*, o con provvedimenti *successivi*, o con ripari *concomitanti*. Perciò la *inevitabilità* nel pericolo che indusse ad agire o reagire, si desume da *tre* criterii distinti — 1.° che sia *improvviso* — 2.° che sia *presente* — 3.° che sia *assoluto*.

§. 304.

Primo criterio della inevitabilità — pericolo *improvviso*. Se era *previsto*, vi fu colpa nell'affrontarlo ed esporsi al cimento o di patir morte o di darla. La necessità in cui ci trovammo ebbe causa da noi stessi, e questa eleggemmo nella pienezza del nostro libero arbitrio.

§. 305.

Per altro a far cessare questo criterio si esige che la *previsione* sia *certa;* non basta che fosse *vaga* e di mero sospetto, qual è quella del viaggiatore che prevedendo un assalto di malandrini, si è munito d'armi per respingerli.

Digitized by Google

§. 306.

Secondo criterto — che sia *presente.* Se era *passato* (1) fu un sentimento di vendetta che ci spinse ad agire, e non corrono i termini della difesa. Se era *futuro,* poteva nell' intervallo ripararsi altrimenti.

(1) Di qui la formula che la reazione per essere legittima deve essere fatta *in continenti.* Sulla qual formula dissertano Schurff *consilia, Centuria* 3, *cons.* 100.

§. 307.

Terzo criterio — che sia *assoluto.* Cioè che nel momento stesso del pericolo non possa questo declinarsi con altri mezzi innocenti. Tali mezzi si riducono alla *preghiera,* alla *acclamazione,* alla *fuga.*

§. 308.

Ma onde possa a chi invoca la necessità della difesa farsi fondato rimprovero perchè non si apprese alla preghiera, all' acclamazione, o alla fuga (1), si esigono due condizioni. La prima che questi mezzi fossero in *realtà utili;* cioè efficaci alla salvezza: la seconda che di tale utilità *potesse istituire* il calcolo lo stesso aggredito.

(1) In proposito della *fuga* sono grandi le divergenze fra gli scrittori sì moderni che antichi: i quali andarono nelle più sottili, e spesso irragionevoli, e più spesso ridicole distinzioni, per decidere se colui che aveva ucciso *potendo fuggire sen-*

Digitized by Google

za pericolo, meritasse o no di essere imputato. Ingegnosa è la conciliazione che tentò di questa discordia l' esimio Trébutien *vol.* 1, *pag.* 151, 152.

§. 309.

Sarebbe ingiustizia rimproverargli di non aver fatto cosa o che era *vana* a salvarlo, o della quale ei *non poteva conoscere* la utilità. Il moderame deve sempre misurarsi secondo le *ragionevoli opinioni* di colui che si vide minacciato della vita; non secondo ciò che con freddo calcolo e maturo esame si è conosciuto dal giudice. Se l' errore fu grossolano ed inescusabile, vi sarà precipitazione e imprudenza; se fu una credulità ragionata e scusabile, non vi è neppur colpa. Ma in ambo i casi colui che errò nel calcolare il pericolo, ed i mezzi della propria salvezza, agì con la coscienza di fare atto legittimo; e non può rimproverarglisi *dolo* giammai.

§. 310.

La deficienza del requisito della *gravità* e della *inevitabilità* del pericolo fa sorgere il così detto *eccesso di difesa;* nel quale più spesso si ravvisano i caratteri della *colpa,* che quelli del *dolo:* e se nei gravi delitti non dirime, deve però notabilmente diminuire la imputazione. Qui merita serio studio la distinzione che alcuni fanno (1) tra *eccesso* di *difesa* che sempre configura il *dolo,* ed eccesso di *moderame* (o come altri dice, *difetto nel moderame)* che sempre configura la *colpa:* e può anche tal volta lasciarsi impunito. Così il codice Prussiano

Digitized by Google

(sanzionato il 14 aprile, e attuato il 1.° luglio 1851) al §. 41 secondo alinea, parifica agli effetti della esonerazione la legittima difesa e l'eccesso. Mitissima disposizione, ed accettabile, purchè si referisca al *difetto* (e *eccesso*) nel *moderame*, perchè in tal senso ha salda base sull'anzidetto principio della cessazione del dolo. Colui che illuso sulla *gravità* e sulla *inevitabilità* del proprio pericolo, uccide o ferisce, *non ha la volontà*, non ha *la coscienza di delinquere*. Egli non è dunque assolutamente in *dolo* perchè non *conosce* la *contradizione* del suo atto con la legge. Gli si può rimproverare un errore di calcolo, una precipitazione: e così i termini di una colpa. Ma se si avverte che l'aspetto di un pericolo imminente non lascia facoltà di ragionare che ad uomini di *straordinaria* presenza di spirito, si comprende che cotesta precipitazione, e il conseguitone errore di giudizio, è un effetto inevitabile della umana natura: effetto da cui solo pochissimi andrebbero esenti in circostanze analoghe; cioè nella circostanza di una perturbazione cagionata dal terrore. Ed allora si elimina ogni imputazione con la formula (§. 1331 e seg.) *impeto di paura*, e la legittimità si trasforma in una scusa; ossia la legittimità *opinativa* si equipara alla *vera*.

(1) Questa distinzione si esorna dal Carmignani *elementa* §. 979 *in nota*; *Pisis* 1833: e dal Giuliani *vol.* 2, *pag.* 295. Ma essa procede dal non avere delimitato abbastanza il vero caso della *difesa eccedente* dal caso della *provocazione*. I due casi furono troppo spesso confusi dai pratici, anche Alemanni, ma erroneamente come dimostro a §. 1341 e seg.

Digitized by Google

§. 311.

Evvi una *coazione* che dicesi *impropria*. Questa si ha quando senza veruna minaccia di un male corporeo imminente, l' uomo si indusse al delitto per obbedire al comando di altra persona, che sopra di lui esercitava un' *autorità*.

§. 312.

Tale *autorità* può essere o *domestica*, o *gerarchica*, o *politica*. Subiezione *domestica* è quella che si riscontra nella donna, nel figlio, nel servo, verso il marito, il padre, o il padrone, che abbia loro comandato un delitto.

§. 313.

Subiezione *gerarchica* è quella che consiste in un rapporto di respettiva superiorità e dipendenza, nascente da un ordine particolare di ufficii o funzioni, specialmente d' indole pubblica. Tale è quella che lega il soldato al capitano, il cherico al vescovo, il cancelliere al giudice, e simili.

§. 314.

Subiezione *politica* è quella che lega il suddito al principe, e in generale verso il governo dello Stato.

§. 315.

Regola generale è che il *meto* puramente *reverenziale* non esclude la imputazione. Può legger-

Digitized by Google

mente diminuirla; ma poichè la mera reverenza ed ossequio non toglie la *coscienza* del proprio mal fare, nè l'*arbitrio* di eleggere, rimangono i caratteri del dolo e la responsabilità del delitto commesso (1).

(1) In questo senso è costante la giurisprudenza francese: Blanche *deuxième étude art.* 64, *n.* 204 *et suiv.* La pratica italiana peraltro poichè ammette in genere che una gagliarda istigazione ricevuta da altri possa valutarsi come leggermente minorante della imputazione, è ben naturale che applichi con più larghezza questa regola quando la istigazione partì da persona che aveva una certa autorità morale sopra lo agente. Così nei praticí troviamo spessissimo attenuata la imputazione della moglie che agì sotto lo impero maritale: Mastrillo *decis.* 246 *per tot.* ed i là citati.

§. 316.

Laonde la subiezione *domestica,* se può talvolta minorare la imputazione, non può mai farla cessare. La subiezione *politica dirime* la imputazione quando distrugge la *criminosità* dell' atto; come nel caso della legge emanata dal *governo di fatto.* La subiezione *gerarchica* non è di ordinario che una *minorante,* e solo assume il carattere di *dirimente* quando tolse la *coscienza della criminosità* dell'atto: come avviene nel caso in cui il superiore comandi per fine illecito una cosa che era nelle sue attribuzioni di comandare; sicchè l' agente *creda* di far cosa lecita. In questi termini la dirimente dipende più dalle condizioni dell' *intelletto,* che da quelle della *volontà* dell' agente. Il responsabile del delitto in tali casi è colui che comanda; l' altro non è che

Digitized by Google

un cieco e materiale stromento che agisce senza coscienza di violare la legge; ed al quale non si può far debito di sindacare gli ordini del suo superiore. Egli è scevro da dolo: la sua azione materiale si compenetra nel dolo di chi si valse dell' opera sua; ed a costui si riferiscono entrambo le forze del delitto avvenuto (1).

(1) Contro la dottrina della obbedienza PASSIVA, la quale vorrebbe che il codice penale desse in prevenzione una patente d' impunità a tutti i subalterni i quali abbiano commesso delitto per ordine del loro superiore, insorse giustamente il Quinto in una sua dissertazione apposita inserita nel *Giurista* di Napoli *Anno VI, n.* 67. La questione è puramente di *dolo;* e perciò non può essere che speciale nei singoli casi. Il comando del superiore è scusa legittima quando esso indusse lo agente nella ragionata credulità di non delinquere. Quando malgrado il comando il subalterno ebbe la coscienza di dare opera ad un delitto, esso non può non essere imputabile. Solo può valutarglisi come degradante il meto reverenziale. Che se questo timore si estrinsechi in un pericolo imminente di grave danno personale, perchè (a modo di esempio) il superiore minacci di fucilare il soldato se non obbedisce al suo ordine, allora la dirimente non sta più nel comando, ed è un errore portarla sotto questa teorica. Essa rientra nel domma generale del moderame della incolpata difesa e della coazione *propria* anzichè della *impropria*. In tal guisa si confondono le menti, scambiando il punto di vista giuridico delle questioni. Si dice, il vecchio diviene talvolta imbecille, dunque accordiamo la patente d' impunità a tutti i vecchi; si dice, il subalterno corre talvolta pericolo di vita se disobbedisce al suo capitano: dunque accordiamo una patente d' impunità a tutti i sottoposti. Illogica argomentazione. La imbecillità ed il pericolo di vita, dove concorrono, tolgono la imputazione per dipendenza della loro propria natura: e

Digitized by Google

quando esse concorrano non vi è bisogno di altre regole per valutarle. Ma esse sono *condizioni di fatto;* devono esistere ed essere giustificate nei fatti speciali. È un errore concederle per presunzione a certi ceti di persone o a certe forme di situazione, quando esse non possono affermarsi come costanti e perpetue in simili ceti ed in simili forme.

2.°

Impeto degli affetti.

§. 317.

Per attribuire ad ogni delinquenza la sua giusta misura, gli *affetti* che mossero a violare la legge non vogliono essere guardati nè *moralmente,* nè *politicamente,* ma *psicologicamente.*

§. 318.

Le passioni sono certamente la unica sorgente delle azioni malvagie; e il moralista che scorge in loro un rovesciamento della gerarchia divina dell' anima sul corpo, bisogna che le guardi come il nemico a cui deve far guerra. Ma il criminalista che trova un elemento costitutivo della essenza del delitto nella forza morale (la quale ha la sua causa nell' animo dell' agente, ed il suo risultato nell' animo dei cittadini spettatori del delitto) guarda le passioni con occhio diverso. La violenza esercitata sulla *volontà* dell' agente anche da una potenza meramente interna, sebbene viziosa, produce l' irrecusabile effetto di minorare la forza morale del delitto

Digitized by Google

nel suo elemento col diminuire la *spontaneità* della determinazione. Alla minorazione soggettiva di questa forza risponde la minorazione oggettiva della medesima. Dunque per logica deduzione dei principii che regolano la essenza e la misura del malefizio, il criminalista trova nel delitto commesso al seguito di quell' impulso violento, una minore gravità morale ed una minore gravità politica. Deve dunque per giustizia attribuirgli un peso minore.

§. 319.

Se il criterio della quantità dei delitti si desumesse dalla violazione del dovere, sarebbe contradittorio trovare una *degradante* nell' ira: anzi l' ira dovrebbe aumentarne la quantità. Ed è una contradizione che una circostanza la quale aumenta la *quantità* di un delitto nel suo genere, lo degradi nella specialità individuale in cui essa ricorre più energica. L' irato che ferisce viola due doveri: uno con l' adirarsi, l' altro col ferire. Ma perchè al primo dovere non corrisponde un *diritto* in altri, così non repugna che la ira, benchè violi un dovere morale, non aumenti la quantità, e modifichi invece il grado del delitto. Se il criterio della quantità dei delitti si cercasse nella spinta, questa è per certo maggiore quanto più energico è l' affetto impellente alla determinazione criminosa. Misurata invece la quantità del delitto sul criterio delle sue forze oggettivamente guardate, niente repugna; ed anzi è coerente al principio che dove trovasi in una specialità individuale una degradazione della forza morale soggettiva se ne degradi la imputazione, appunto perchè

Digitized by Google

alla minor forza morale soggettiva risponde sempre una minor forza morale oggettiva. È bensì vero che se il *dolo* si ravvisasse nella *coscienza*, non potrebbe trovarsi negli affetti una degradazione di dolo. E così non potrebbe dirsi che nel delitto commesso sotto l' impeto degli affetti vi è una minorazione di forza morale. Ciò appunto condusse lo Schroeter fra i moderni, ed altri, a bandire come inaccettabile la distinzione fra dolo d' impeto e dolo di proposito, essendochè la coscienza di violare la legge sia uguale così nell' ira come fuori dell' ira. Ma anche di questo mostrammo altrove (§. 69) la erroneità. Sicchè per noi non può esser dubbio sull' ammissione della degradante in ragione dell' impeto degli affetti, perchè coerente alle nozioni delle forze costituenti il delitto, coerente alla definizione del dolo, coerente al criterio assunto come misuratore della quantità (1) politica dei reati. Così i principii si coadiuvano e si coordinano; lo che è il sommo criterio della loro verità.

(1) Queste osservazioni sul principio che l' *impeto* non aumenta le forze *oggettive* del delitto e la sua *quantità*, si fanno per mostrare che nell' impeto non può trovarsi un accrescimento della *quantità* criminosa, che impedisca alla giustizia di tenere a calcolo la degradante *soggettiva*. Del resto la ragione *fondamentale* della degradante dell' impeto non sta nella minorata forza morale oggettiva, ma sta sempre (come in tutte le degradanti) nella minorata forza morale *soggettiva*, perchè la volontà di delinquere fu *meno libera*, attesa la pressione dello affetto impellente. Laonde tutti i pratici furono concordi nello ammettere la iracondia come scusa ai delitti improvvisi. Vedasi Merlino Pignattello *controversiae lib.* 1, *cap.* 66 *n.* 16 *et seq.* ove si trovano rac

Digitized by Google

colte numerose autorità di filosofi e di penalisti tutti concordi in questo senso.

§. 320.

Perchè l' *affetto* operi cotesta modificazione della *forza morale* del delitto, bisogna dunque che egli rappresenti una *coazione* sulla facoltà volitiva, per cui si precipiti la determinazione criminosa, e con facilità maggiore si dimentichino gli ostacoli della legge proibitiva. Non nella nozione speciale dell' affetto, ma in questo suo carattere sta la sua efficacia escusante.

§. 321.

Deve perciò distinguersi tra passioni *cieche* e passioni *ragionatrici*. Quelle agiscono con veemenza sulla volontà, e soverchiano i ritegni della ragione, lasciando all' intelletto minor balìa di riflettere. Queste aguzzano invece i calcoli del raziocinio, e lasciano all' uomo la pienezza dell' arbitrio. Le prime devono ammettersi come cause minoranti la imputazione, perchè merita scusa chi si lascia trascinare al male dall' impeto di subitanea perturbazione. Le seconde no, perchè all' uomo che ragiona e che calcola, corre tutto l' obbligo di ricordare i divieti della legge, e riflettere alle conseguenze delle proprie azioni. La *occasione* delle une e delle altre può essere l' istessa: ma differiscono nel modo di agire sull' animo (1).

(1) Nelle materie penali i sommi principii si coordinano, e si legano reciprocamente per vincolo indissolubile. Vedem-

Digitized by Google

mo ad occasione della ricerca della quantità dei delitti la differenziale che passa fra le tre scuole criminali che si dicono *politica, ascetica,* e *giuridica.*

La scuola *politica* guarda il delitto come un *male sociale* che l' autorità deve impedire; e nel bisogno d' impedire quel male trova sufficiente ragione della legittimità di punire. Tutta la giustizia risiede nella necessità della *prevenzione.* È il principio utilitario nella sua nudità: è la massima che il fine giustifica il mezzo: Machiavelli e Bentham si porgono la mano attraverso tre secoli. Tutta la economia punitiva consiste in una dinamica di forze, in un conflitto di repulsione e d' impulsione. La somma ragione del punire riconosciuta nel bisogno di una forza repellente, questa deve proporzionarsi sul criterio della forza impellente. Procedendo su questo ordine d' idee quando s' incontrano gl' impulsi al delitto in un affetto veementissimo o nella ubriachezza, trovasi la forza impellente al malefizio in una proporzione più grande e più energica. La logica del sistema porta dunque a consigliare l' uso di una forza repellente proporzionatamente più grande e più energica. La forza della passione abbella le sembianze del bene che sperasi dal delitto, dà coraggio a superare le difficoltà, fa scordare i pericoli della pena: se la spinta maggiore aumenta la quantità del delitto è contradittorio, è un vero assurdo logico che quella condizione per la quale si aumenta la quantità degradi essa medesima il delitto e ne minori la imputazione. O è forza abbandonare il sistema e subordinarlo ad un altro che a lui si oppone; o con la dottrina della spinta bisogna trovarsi alla negazione di ogni scusa desunta dagli affetti e dalla ubriachezza.

La scuola *ascetica* trova tutta la ragione di punire nel mondo soprassensibile. Il delitto deve incontrare la pena perchè è la violazione di un dovere, che è quanto dire un fatto intrinsecamente malvagio. La moralità interna dell' atto e la violazione del dovere morale entrano per questa dottrina nel novero dei criterii sui quali deve misurarsi la quantità dei malefizi. Ogni accessorio di bruttura morale che si aggiunga

Digitized by Google

alla violazione del precetto civile è un di più che deve condurre ad elevare la imputazione. Con questo ordine d' idee procedendo a contemplare la ubriachezza e l' impeto dell' ira non può preterirsi la considerazione morale che l' ira e la ubriachezza sono vizi riprovevoli. E la logica del sistema porta a dover concludere che se la violazione del precetto civile è la identica, colui che lo violò nell' ira o nella ubriachezza è oltre a quella addebitabile per essersi adirato od ubriacato. Queste due posizioni viziose, rappresentando la violazione ulteriore di un dovere morale, sono amminicoli che si aggiungono al criterio ordinario del delitto, e che lo aumentano anzichè minorarlo: ed è contradittorio che un amminicolo il quale aumenta la quantità del delitto per la aumentata violazione di doveri, si valuti esso medesimo come degradante il malefizio. La teorica del grado distruggerebbe anche in questa seconda scuola la teorica della quantità, e viceversa.

La scuola *giuridica* guarda il delitto come una negazione del diritto, la quale porta nel delinquente l' obbligo di riaffermarlo col subire una pena. Il supremo moderatore della vita sociale non è nè l' utile nè il bene soprassensibile; ma soltanto il diritto. La legge giuridica deve avere una sanzione presente e certa perchè sia legge e non consiglio. La sovranità del diritto rende legittima la sua difesa mediante la sanzione; e conseguentemente il diritto violato e la sua importanza sono i criterii misuratori del malefizio. Non si cerca una dinamica artificiale tra forza impellente e forza repellente: non una dinamica ideale tra male soprassensibile e male sensibile: si cerca solo la dinamica dei diritti; e si spoglia il delinquente di una quantità di diritti che siano in proporzione coi diritti da lui aggrediti e respettivamente tutelati. Il delitto per noi non è un ente puramente *materiale;* non è un ente puramente *morale;* è un ente *giuridico;* ed è per questa somma nozione del reato che la nostra scuola assume il nome di scuola *ontologica*. La medesima costruisce la nozione del malefizio sui soli criterii della legge giuridica, e nell' ente da lei con-

Digitized by Google

templato sotto questo punto di vista trova le ragioni di qualità e di quantità sulla norma dei soli suoi rapporti giuridici. Ma poichè il diritto non ha i suoi termini di relazione tranne che con un essere moralmente libero, così la violazione del diritto non può essere completa e raggiungere il suo stato normale se oltre ad essere completa nelle sue forze materiali non lo fu eziandio nelle sue forze morali, e cioè nello intelletto e nella volontà dello agente. L' aggressione portata contro un diritto quando procedette da un essere il quale non aveva nella loro pienezza le condizioni di moralmente libero, offre un meno nello ente giuridico che si chiama delitto. Questo ente così minorato deve imputarsi come minore dell' ordinario, ed è *giustizia* non benignità o misericordia se se ne degrada la imputazione. S' imputa meno quello che è meno. E poichè bisogna tenere come indubitato il fenomeno psicologico che l' uomo sotto la pressione di furente affetto ha un minore arbitrio nella sua determinazione, è logica necessità di questo sistema lo imputar meno i delitti commessi nel tumulto dell' ira o nella vertigine della ubriachezza, quantunque l' ira e la ubriachezza aumentino nell' atto lo impulso alla determinazione, e quantunque l' una e l' altra possano dirsi viziose; perchè lo agente non godendo della piena libertà morale, l' ente giuridico presenta un meno nelle forze soggettive che lo costituiscono, e vuole rigorosa giustizia che s' imputi meno tutte le volte che fu meno illuminata o meno libera la determinazione di aggredire il diritto. È un equivoco supporre che le condizioni *ontologiche* esprimano soltanto la parte *materiale* di tutti gli enti. Ogni ente ha le sue proprie condizioni *ontologiche* secondo la sua diversa *natura*. E queste possono essere o tutte spirituali, come in Dio, o tutte materiali, come in un corpo bruto, o miste, come nell' uomo e negli atti umani. Il delitto non è un ente *materiale* ma un ente *giuridico:* non perdasi mai di vista questo suo carattere essenziale. Dunque le condizioni ontologiche del delitto si compongono — 1.° del diritto aggredito, che ne costituisce la *oggettività* — 2.° del fatto materiale aggressore,

Digitized by Google

che ne costituisce la *soggettività fisica* — 3.° dal concorso della moralità nell' autore di quel fatto (cioè volontà intelligente) che ne costituisce la *soggettività morale*. Ecco le condizioni ontologiche del delitto. Se manca il diritto aggredito l' ente giuridico sparisce, perchè ne manca l' *oggetto*, e perciò il peccato non è delitto. Se manca ogni materialità di fatto l' ente giuridico sparisce ugualmente perchè difetta dello *elemento fisico*, e perciò le prave intenzioni non sono delitto. Se manca ogni moralità di azione l' ente giuridico sparisce di nuovo, perchè la materialità non può aggredire il diritto se non procede da una *volontà intelligente*, e perciò le offese recate dal caso o dai bruti non sono delitto. Ma dove non è un difetto assoluto di quelle condizioni ontologiche, ma soltanto vi è un meno in alcuna di esse, il delitto rimane ma si proporziona a quel meno. Se il meno è comparativamente nel diritto aggredito perchè un diritto abbia minore importanza di un altro, l' ente giuridico è *completo* ma offre una *quantità* minore. Se invece il meno è nella soggettività o fisica o morale il delitto è *imperfetto* e nella sua individualità degradato. Così la scuola ontologica rende ragione di tutte le varietà della imputazione senza mai uscire dalla contemplazione delle condizioni intrinseche del delitto, e senza mai divagare in considerazioni estrinseche all' ente che essa studia, nè dare valore ai rapporti empirici, come la scuola politica, od ai rapporti soprassensibili, come la scuola ascetica. Tutto lo edifizio della dottrina da noi professata si connette a questo supremo postulato che il delitto è un *ente giuridico*.

§. 322.

Con facilità poi si distinguono le passioni *cieche* dalle *ragionatrici* secondo la causa che le muove. Le passioni mosse dall' aspetto di un *bene* sono sempre *ragionatrici*. Quelle eccitate dall' aspetto di un *male* divengono *cieche* (1).

Digitized by Google

(1) Siffatto criterio risale ai filosofi dell' antichità. Disse Teofrasto — *ampliora esse crimina quae cum voluptate, quam quae cum dolore admittuntur.* La qual sentenza venne poi svolta da Marco Aurelio — *graviora esse quae per cupidinem, quam quae per iram admittuntur; etenim qui irascitur, cum dolore quodam et contractione animi, a rationis tramite declinare videtur: qui vero per cupidinem delinquit, quia voluptate vincitur, intemperantior quodammodo et in peccando effeminatior videtur.* Quantunque la dottrina del grado e della degradazione non fosse giuridicamente svolta bene, preconcepì Filone che l' affetto impetuoso facesse essere un che di *meno* nel delitto — *dimitiatum videri facinus cui non accessit longa deliberatio.*

§. 323.

Questo carattere per conseguenza si riscontra soltanto nell' *ira* e nel *timore.* L' ira si eccita all' aspetto di un male *patito;* il timore all' aspetto di un male *da patirsi.*

§. 324.

L' ira e il timore saranno dunque le sole passioni a cui potrà il giure penale concedere la efficacia di minorare la imputazione. Più al timore che all' ira, perchè non vizioso e meno dominabile dalla volontà. Più al timore ed all' ira, quando concorrono insieme.

§. 325.

Nel linguaggio forense l' ira eccitata da un male recato alla nostra persona dicesi costituire la scusa della *provocazione.* L' ira eccitata da una offesa alla

Digitized by Google

proprietà, o a persone a noi care, dicesi costituire la scusa del *giusto dolore*.

§. 326.

Tutta la forza escusante di queste passioni consiste nella *veemenza* e nella *rapidità* della loro azione sulla volontà. L' uomo è responsabile delle sue determinazioni perchè la sua volontà è armata dalla ragione. Ma l' azione della ragione umana è *fredda* e *tarda*. Tutto ciò che spinge precipitosamente ad agire toglie la *calma* e il *tempo* per maturamente riflettere; e così rende la volontà disarmata momentaneamente del suo presidio. Da tali condizioni, che presentano nella proeresi criminosa una forza meno energica di nequizia, acquista la passione una efficacia escusante. Di qui la logica conseguenza che gli estremi di una passione per fornire la scusa debbono essere appunto la *violenza*, e la *istantaneità*.

§. 327.

Da ciò nasce che l' ira deve essere distinta dall' *odio*; che può tenerle dietro, ma ne è una fase diversa. Questo (quando non nasca da invidia) ha la sua causa in un male *remoto* che dapprima generò l' ira, divenuta poscia odio col trapassare dalla veemenza al calcolo. L' odio non tanto procede dal dolore del male patito, quanto dal piacere che l' anima da lui pervertita ravvisa nella vendetta o nella oppressione di altri alla quale appetisce come ad un bene.

Digitized by Google

§. 328.

Del pari il *timore* non può assumere il carattere di passione cieca, quando appella ad un male *remoto*. Ciò che è lontano, o come precedente o come susseguente, dal momento della determinazione, non può esercitare sulla medesima un impulso che paralizzi l' ufficio della ragione e trascini la volontà.

§ 329.

L' amore, l' amicizia, la gelosia, ed altre passioni non hanno un criterio *speciale*. Esse possono scusare, non per sè stesse, ma in quanto siano cause d' ira o di timore, ed assumere la forma di *giusto dolore* (1).

(1) Crell *de privilegio doloris ; in ejus Dissert. fascic.* 12, *pag.* 2051, *Halae ad Salam* 1775.

§. 330.

La maggiore o minore *gravità* del male o patito o temuto che concitò la passione, la *giustizia* maggiore o minore della causa che la destò, il maggiore o minore *intervallo* od ostacoli intercedenti fra tale eccitamento e l' azione, sono le norme sulle quali si gradua la minorante dell' impeto degli affetti.

§. 331.

Ma quando la passione, anche eccitata dall' aspetto di un male o patito o da patirsi, non ha i

Digitized by Google

due caratteri di essere *improvvisa*, e di essere (almeno apparentemente (1)) *giusta*, non se le può attribuire veruna efficacia *escusante*. Potrà talvolta far discendere il dolo al secondo grado od al terzo, a forma delle circostanze; ma non mai degradarlo sino al quarto.

(1) Dico *almeno apparentemente*; e questa formula è in pratica feconda dei più importanti resultati. È costante il principio che all' uomo non può farsi debito degli errori dell' intelletto, tranne (nei congrui casi) in ragione di *colpa*. Ma quando l' errore ha indotto nell' uomo la coscienza di non delinquere, o di delinquere meno, il suo dolo si deve giudicare secondo lo stato del suo intelletto, e non secondo la verità delle cose da lui nel momento dell' azione ignorate. Ciò porta alla regola che così nella coazione, come nella provocazione e nel giusto dolore, non debba cercarsi la *giustizia* dell' ira o del timore, nella verità delle cose quale si è palesata alle fredde investigazioni del giudice; ma nella *ragionevole opinione* del giudicabile. Se (a modo di esempio) alcuno bastonò un uomo che egli trovò notturnamente in sua casa perchè lo credette un drudo della propria moglie, ed era invece l' amante della fantesca, *in rei veritate* il suo dolore e il suo sdegno furono ingiusti. Ma pure sarebbe ingiusto negargli la scusa, quando egli ebbe *causa ragionevole di illudersi* nella sua falsa credulità. Non si dimentichi mai che la *essenzialità* dell' errore può essere *assoluta* e *relativa* (§. 261); e che quando è *relativa* deve operare nel senso *relativo* quegli effetti che opera nel senso *assoluto* quando è *assoluta*. In tema di provocazione è stato recentemente giudicato tra noi che la medesima si deve ammettere come scusa ancorchè il provocato non abbia ucciso la persona del provocante, ma ne abbia ucciso o ferito un altro per cagione di errore. Così decise la Corte di Cassazione di Palermo con decreto del 10 agosto 1865 ai termini del-

Digitized by Google

l' art. 562 del codice Sardo; la quale argomentò ancora dall' art. 535 che volle punito come premeditato l' omicidio quantunque siasi ucciso per errore persona diversa da quella che si doveva uccidere: dal che ne conclude che se l' errore non modifica la forza morale soggettiva del delitto rispetto a ciò che la rende più grave, neppure deve modificarla rispetto a ciò che minora la imputazione.

3.°

E b r i e t à

§. 332.

La *ubriachezza* presenta un aspetto proteiforme, secondo che si considera o nelle sue cause o nei suoi effetti; e secondo che in questi si considerano i rapporti *fisiologici* od i *psicologici.*

§. 333.

La sua prima azione si esercita sugli organi corporei, ed offre risultati tutti materiali. Ma presto procede ad influire sulla volontà, e precipitandone le determinazioni la rende meno libera: e talora finisce con l' agire sull' intelletto per guisa da estinguerne momentaneamente tutte le potenze.

§. 334.

Di qui nasce il vario modo di vedere dei criminalisti (1) nel giudicare di questa condizione innormale dell' uomo; nel valutarla come minorante la

Digitized by Google

imputazione; e nello attribuirle la vera sua sede nell' ordine delle materie. Ma poichè l' ultimo grado di azione della ubriachezza sull' intelletto è raro ed eccezionale; e la sua influenza sulla facoltà volitiva è costante: così a buon diritto si collocò tra le cause che modificano la *volontà* dell' agente.

(1) Decisamente avverse ad ammettere la ebrietà come scusa furono le scuole inglesi e francesi fin quasi ai dì nostri. Blackstone esaurì ogni argomento per respingerne l' ammissione. In Francia una ordinanza di Francesco I del 31 agosto 1536, riferita da Jousse (*Traité de la justice criminelle de France vol. 2, pag.* 618, *Paris* 1771) prescriveva che a chi aveva delinquito in stato di ebrietà si applicasse la pena ordinaria, e più un aumento di pena per la ubriachezza. Onde su tali tradizioni si conservò in quel reame l' avversione a cotesta scusa. E fu gran mercè se Vouglans (*lois crimin. de France dans leur ordre naturel liv.* 1, *tit.* 3, *ch.* 2, §. 4, *Paris* 1780) ammise la distinzione fra *ivresse* e *ivrognerie:* distinzione che risale a Cicerone, che fu applicata dal Bartolo, ed erroneamente attribuita all' Antonmatteo; per la quale si accordava la scusa all' *ebrio (tale accidentaliter)* e si negava allo *ebrioso (abitudinario)* con evidente paralogismo. In Germania prevalse la opinione favorevole alla scusa (Lauterbach *dissertationes academicae disput.* 139, *thes.* 7, *n.* 7, *Tubingae* 1729) come rilevasi dalla dissertazione del Mittermaier sulla *imputabilità degli ubriachi.* Così pure nelle pratiche di Spagna: Caldero *decis.* 43, *n.* 27 *ad* 32. E in Russia: Guizetti *specimen principior. generalium juris Russiae de delictis et poenis, pag.* 17, *Regimonti Prussorum* 1832. Nel Belgio si ammise malgrado gli espressi divieti di Carlo V; come ha dimostrato Lavallée in apposita dissertazione riprodotta negli *Archives de droit vol.* 4, *pag.* 323, *et suiv:* e poi sostenne la scusa l' Haus *obser-*

Digitized by Google

vations sur le projet de code pénal, vol. 1, *pag.* 210. In Italia, malgrado la dissidenza di Baldo, prevalse, per la dottrina di Farinaccio e Claro, la opinione più mite. Vedasi anche Nicolini *questioni di diritto quest.* 14. Nella Francia moderna la sostennero Dufour nella *Themis* e Bavoux *leçons sur le code pénal. pag.* 567, *Paris* 1821; ma con mano avara e con le distinzioni che ricorda Chauveau *théorie du code pénal*, §. 862, *Bruxelles* 1859. Poi si accettò su più larga base, correndo sulle orme calorose di Rossi, da Bertauld *leçons de droit pénal pag.* 320, *Paris* 1859; *et pag.* 309, *Paris* 1864: da Ortolan *éléments de droit pénal* §. 321; e generalmente dai recentissimi. Vedasi anche Legrand Du Saulle *la folie devant les tribunaux pag.* 262, *Paris* 1864. Non mancano però dei criminalisti severi che esitano tuttavia ad ammettere la ebbrezza come *scusa*, concedendole soltanto la efficacia di *circostanza attenuante*, secondo il linguaggio della giurisprudenza francese. Lambert (*philosophie de la cour d' assises chap.* 24, *pag.* 389, *Paris* 1861) non ammette che la ubriachezza possa giungere mai allo stato di completa alienazione mentale, e vuole equipararla sempre nei suoi effetti alla passione, la quale, per quanto turbi la intelligenza, secondo lui non l' annichila mai. L' ubriaco che non sa quello che opera e che privato affatto di ogni cognizione è ridotto allo stato di automa, è secondo Lambert una figura creata dalla fantasia e che mai non si assise sul banco degli accusati. Lo confutò Brillaud-Laujardière *de l' ivresse considérée dans ses conséquences médico-légales pag.* 149, *Paris* 1866; ma lo sbaglio radicale di Lambert non cade soltanto nella negazione di una ipotesi (lo che in fin dei conti sarebbe una conferma della regola quante volte la ipotesi verificata smentisse la negazione di quella) lo sbaglio radicale di Lambert sta in questo che anche dove tollera una benignità verso il delinquente ubriaco, pretende trovarvi un' attenuante della *pena* e non una minorante della imputazione. Ciò confonde i principii fondamentali: sostenuta la

Digitized by Google

piena imputazione dell' ubriaco è impossibile trovare a suo favore una mitigante della pena. Anche Laujardière nella sua confutazione di Lambert cade (*op. cit. pag.* 151) nella medesima confusione quando esemplifica le attenuanti la pena in colui che rubi un pane per impeto di miseria e di fame. Anche in questo caso vi è minorante d' *imputazione*, perchè l' urgente bisogno rese meno libera la determinazione dell' agente. Vi fu degradante nella forza morale soggettiva: tolto ciò non vi sarebbe esorbitanza nella pena. Sopra tutti l' ammissibilità di questa scusa dimostrò lucidamente Carmignani *teoria delle leggi sulla sicurezza sociale.* Un quadro delle antiche leggi e costumanze in questo argomento trovasi nella erudita dissertazione di Neyremand *répression de l' ivresse* (*Revue critique vol.* 13, *pag.* 515). Nelle leggi romane si trovò un argomento per la efficacia *dirimente della ebrietà* nella *leg.* 5, §. 2, *ff. ad leg. aquil.;* e per la sua efficacia *minorante* nelle leggi 7 *ff. ad leg. aquil.*, e 11 *ff. de poenis.* Vedasi Van Maanen *de jure circa ebrietatem, Lugduni Batavorum* 1760.

§. 335.

I principii fondamentali sulla nozione del delitto necessitano ad ammettere questa circostanza come scusa. Se il delitto per la sua essenza esige la forza morale; se questa desume la sua vita dalla volontà illuminata; se la minorazione della forza morale nel delitto porta di giustizia ad una minorazione di imputazione; tuttavolta debbasi convenire che la ebbrezza esercitò un impero sulla volontà, è necessità logica accordarle una efficacia scusante, e più ancora se giunse a perturbare l' intelletto (1).

(1) Anche nella questione sulla forza escusante della ubriachezza la divergenza delle opinioni risale alla diversità ca-

Digitized by Google

ratteristica delle varie scuole. La scuola *ontologica* è costretta ad ammetterla per le considerazioni che qui sopra riassumo, e per la conclusione generale che giustizia vuole si imputi *meno* il delitto dove concorse un *meno* nelle sue forze costituenti. La scuola *ascetica* va per opposta via per il suo perpetuo vizio di convertire il giurista in un moralista. La scuola *politica* (o empirica) che giustizia e morale sacrifica volentieri alla *utilità*, si oppone anche essa alla scusa sotto il pretesto della facile simulazione; lo che vale quanto dire che potendo essere dubbia la innocenza si deve immolare lo innocente sullo altare del dubbio. La facilità di simulare una scusa può dare ragione di essere più cauti nello ammetterla praticamente; ma non è buona ragione di negarne teoricamente l' ammissibilità, ed in questo senso la deduzione è iniqua.

§. 336.

Non può dunque il criminalista guardare con la rigidità del moralista la ubriachezza nella sua *causa*. Male si pone come canone assoluto che la ubriachezza sia nel suo principio viziosa, mentre risulta da una serie di atti ciascuno dei quali è innocente. Ma quando anche lo fosse, ciò nonostante sarebbe ingiustizia equiparare nella imputazione il delitto dell' ubriaco al delitto del sano, quando il delitto di quello ha incontrastabilmente un grado minore di forza morale.

§. 337.

È singolare che in questa battaglia fra i difensori della ubriachezza ed i suoi nemici si è dall' uno e dall' altro lato fatto appello alle regole del giure civile per cavarne illazione in uno od in

Digitized by Google

altro senso nella questione penale. A combattere il sistema di coloro che si ostinavano a negare ogni scusa al delitto dell' ubriaco si giocò sull' argomento delle nullità proclamate dalle leggi civili. Già Pufendorf *(de jure naturae et gentium lib. 3, cap. 6, n. 5, Neapoli 1773)* aveva ammesso che i contratti dell' ubriaco fossero nulli, come già Furgole lo aveva ammesso nei testamenti, e tale nullità non aveva evidentemente altra base che la presunta mancanza di libera volontà nell' ubriaco. Malgrado ciò si pretendeva doversi distinguere tra effetti civili ed effetti penali della ebrietà; e Merlin affettò meraviglia del tentativo di scusare i delitti dell' ebro, e disse che la ubriachezza essendo un delitto era inammissibile che il delitto precedente scusasse il misfatto susseguente. Ma tale argomentazione è falsa così nel principio che afferma come nella deduzione che ne trae. Questo sistema che ammette la scusa soltanto quando la ubriachezza sia accidentale o prodotta da malizia di un terzo, trasporta il processo dal momento in cui fu commesso il delitto al momento in cui nacque la ebrietà, ed identifica la supposta volontà di ubriacarsi con la volontà di delinquere, lasciando inoltre fluttuante il termine medio di colui che non si ubriacò per determinata volontà di ubriacarsi, e neppure fu vittima di casualità o di malizia altrui. Costui nell' ubriacarsi non presenta nè dolo nè mera casualità; presenta uno stato di colpa anche in quanto all' inebriarsi. Anche ammessa la formula rigorosa *non culpa vini sed culpa bibentis,* si punirebbe sempre come doloso colui che non fu in dolo nè nella causa nè nell' effetto. All' opposto si tentò trasportare illimitatamente dal civile al cri-

Digitized by Google

minale l' altro broccardo che *chi volle la causa volle l' effetto:* Veldtman *de delicto et poena ebriorum cap. 2, Groningae 1775.* Ma se quel broccardo è assoluto pei fini delle civili responsabilità non lo è sempre altrettanto pei fini della punizione e del dolo. Con ciò si punisce il delitto dell' ubriaco per una finzione, e si demolisce tutta la teorica dei delitti colposi, nei quali la *causa* è sempre voluta quantunque non voluti nè preveduti gli *effetti.* Solon nel suo trattato delle nullità tornò a propugnare la differenza dal civile muovendo ulteriormente dalla considerazione empirica dei pericoli di ammettere simile scusa, che egli chiama una facile patente di impunità: ma questo è il vecchio argomento di Blackstone riprodotto forse con maggiore cinismo, e che ammettendo la punibilità senza dolo vuol fare la giustizia schiava della politica utilità. Non avendo valore pertanto gli obietti coi quali vorrebbesi respingere l' argomento desunto dal giure civile rimane tutto l' assurdo di tenere come abile a legarsi criminalmente chi non è abile a legarsi civilmente (1). Aggiungesi che l' abitudine della ebrietà cagiona sempre alterazione nel cervello e degradazione nella intelligenza, e può giungere al punto di condurre il disgraziato che soggiace a tal vizio in uno stato permanente ed insanabile di demenza. L' uomo così riconosciuto demente si dichiara a cagione del morbo irresponsabile dei suoi atti, quantunque tutti i medici che lo esaminano riconoscano che la ragione vergognosa della sua alienazione mentale sia stata la ebriosità. Persistendo a non ammettere come scusa il delirio transitorio cagionato dalla ubriachezza si viene dunque

Digitized by Google

alla conseguenza che l' alienazione mentale prodotta dal vino si compatisce in chi si ubriacò per vizio pertinacemente e per lungo tempo, e non si ammette in chi una sola volta cadde in simile stato. Bisogna dunque riconoscere che i danni cagionati dallo ubriaco appartengono alla classe dei fortuiti più che alla classe delle azioni. Essi escono dal dominio della libertà per rientrare sotto il dominio della natura.

(1) Un Editto di Enrico III del 1577, che rimase nelle consuetudini di molti luoghi di Francia, negava agli osti ogni azione per chiedere il prezzo del vino che era stato bevuto nelle loro osterie. Questa disposizione potè ragionarsi sul principio che dovesse presumersi che la chiesta del vino fosse fatta in stato di ubriachezza, e tendeva a indurre gli osti a negar vino agli ubriachi. Un editto di Leopoldo di Lorena del 28 maggio 1723 estese l' annullamento a tutti i contratti fatti nell' osteria a favore degli osti, anche per causa di compre di derrate. La consuetudine di Brettagna andò anche più oltre, permettendo indistintamente di ritrattare nelle 24 ore successive qualunque contratto fatto nelle osterie. Tali ed altre simili furono le conseguenze giuridiche della ubriachezza *presunta*. In generale poi le leggi civili negarono efficacia ai contratti che si dimostrassero stipulati nello stato di ubriachezza *vera*. Con qual logica appo ciò si persistette dai rigoristi a sostenere che chi non era capace di volontà in faccia alla legge per contrarre un debito, fosse con palpabile contradizione capace di volontà per giuocare la libertà od anco la testa!

§. 338.

Ma gli effetti della ubriachezza sulla volontà essendo sempre proporzionali ai suoi effetti sull' orga-

Digitized by Google

nismo corporeo, il criterio della graduazione di questa scusa bisogna, per essere esatti, desumerlo dalle sue condizioni *fisiologiche* (1). Esattissima è la distinzione suggerita dall' esimio Prof. Puccinotti *(Lezioni di medicina legale, Lez. 23, Pisa 1840)* e ripetuta da Perrone *(trattato elementare di medicina legale, §. 721 e segg., Napoli 1858)* in ebbrezza *giuliva*, ebbrezza *furibonda*, ebbrezza *letargica*.

(1) Che la ubriachezza dovesse guardarsi sotto il punto di vista fisiologico, già lo avevano fino dai loro tempi insegnato l' Harpprecht e il Richter *velitat. academ. velit.* 40, *thes* 16. In generale gli Alemanni sono stati sempre proclivi ad ammettere la scusa della ubriachezza; i Francesi generalmente contrari.

§. 339.

La ebbrezza *giuliva*, o mera esilarazione, esercita una spinta sulla *volontà* cui rende più precipitosa ed irriflessiva: equiparata all' impeto degli affetti può minorare la imputazione ma non mai cancellarla.

§. 340.

La ebbrezza *furibonda* esercita la sua azione sull' *intelletto* cui offusca per guisa da togliere temporaneamente la facoltà di percepire e di giudicare rettamente: equiparata alla mania con delirio, può cancellare affatto la imputazione. Imputare chi non ebbe coscienza dei propri atti sarebbe un soggettare alla legge penale la sola materia. Nè varrebbe l' opporre che l' uomo siasi condotto di proprio ar-

Digitized by Google

bitrio a questo stato di transitoria alienazione mentale, volontariamente ubriacandosi. Se alcuno per crapule e dibosci si fosse ridotto ad una vera ed insanabile pazzìa, soggettereste voi alla coercizione della legge penale i fatti di cotesto infelice, per la speciosa ragione che egli fu causa della sua miserabile condizione! La ebbrezza quando è giunta a cotesto grado potrà dirsi che è transitoria, ma è un vero stato di alienazione mentale.

§. 341.

La ebbrezza *letargica* assumendo le forme del *coma*, paralizza e le forze dell' animo e le forze del corpo: equiparata al sonno deve anche questa esimere da ogni responsabilità. Imputare l' uomo divenuto automa non è tollerabile dalla giustizia.

§. 342.

Se la ebbrezza fu procacciata volontariamente, o per riprovevole imprudenza, potranno aversi in ciò gli elementi della *colpa*, ma non far sorgere il *dolo* nell' azione successiva che non fu accompagnata da volontà intelligente. Tale è l' ultimo pronunciato della dottrina. E con queste idee si coordinò dalla giurisprudenza il codice penale di Parma (art. 62) di Napoli (art. 61) di Toscana (art. 34, e 64) mentre vi aveva aderito più esplicitamente l' Austriaco (1).

(1) Può vedersi ancora la *decisione* 118, *pag.* 219 nel *vol.* 6 delle *decisioni Modenesi* raccolte da Veratti e Bosellini.

Digitized by Google

§. 343.

Se la ebbrezza sarà *preordinata* al delitto, o come dicesi, *affettata,* il colpevole potrà bene punirsi per ciò che fece in stato di sana mente, quando con lucida previsione e ferma volontà rendette *sè stesso futuro strumento* del delitto a cui egli intendeva. La imputazione si radica contro di lui in tale istante: ciò che avviene dipoi è *conseguenza* del suo *fatto doloso:* non si imputa ciò che fece l' *ubriaco,* ma ciò che fece l' *uomo* in sana mente; al quale come ad unica *causa* è attribuibile il delitto. L' uomo sano è il *soggetto attivo primario* del delitto, ed è in condizione di piena imputabilità. L' uomo ubriaco ne è il *soggetto attivo secondario* (§. 40); strumento materiale dell' impulso ricevuto, come l' *invito.* Nè varrebbe l' opporre (come dubitarono acutamente Tissot e Bertauld) che neppure in questo caso possa al pienamente ubriaco imputarsi il suo fatto per non essere stato il dolo *concomitante* all' *azione.* La *concomitanza* del dolo all' azione (1) non è condizione assoluta della imputabilità. In tale senso è stato legislativamente risoluto questo problema da alcuni codici moderni Alemanni: per esempio dal codice Sassone: vedi Weiske §. *192* (2).

(1) Trovo che questa confutazione del dubbio si è data in simili termini anche da Ortolan §. 524, e da Bernard, *Revue critique vol.* 20, *pag.* 464. La tesi di Tissot che nega la imputabilità del delitto commesso nella ubriachezza completa, anche quando la medesima sia preordinata al delitto, si sostenne anche da Roesch *de l' abus des boissons spi-*

Digitized by Google

rit. Paris. 1839. Lo confutò Laujardière *(de l'ivresse pag.* 180) ma per la ragione diversa della continuazione di una volontà impellente anche nello stato di ubriachezza. Questa può dirsi ragione medico legale, e dipende dai principii di tale scienza lo ammetterla o no, vale a dire decidere se sia conciliabile la ipotesi di una qualsiasi forma continuativa dell' atto volitivo formato a mente fredda, con la ipotesi di una ubriachezza completa. Per noi basta la ragione giuridica che non è necessaria la concomitanza del dolo al momento della consumazione. L' unico caso nel quale può dubitarsi della imputabilità completa è quello della *dipsomania*. Questo stato morboso a cui si riduce l' uomo per il prolungato abuso di bevande alcooliche è incontrastabile. I medici lo noverano fra gli stati di alienazione mentale permanente. Quando un uomo giunto in così miserabile condizione premediti un delitto e si ubriachi poi completamente per meglio consumarlo, si è sostenuto che sia irresponsabile. Come ognuno vede questa specialità non attacca la nostra regola, che consiste nel contentarsi della intelligenza nel momento della determinazione quantunque sia sparita nel momento dell' azione. Nel caso speciale proposto si nega la intelligenza anche nel momento della determinazione. Sicchè la questione non è veramente speciale ma assume una forma generale che comprende tutte le azioni commesse dall' uomo in quella guisa ammalato. La questione dipende dal definire quali siano gli effetti morali della *dipsomania:* cioè se essa tolga veramente ogni coscienza, nel qual caso cessa la imputabilità; o se si limiti soltanto a produrre una necessità irresistibile di ubriacarsi, nel qual caso non offrirebbe che una minorante per gli altri delitti, ed una dirimente per il solo fatto della ubriachezza, secondo la teorica della *mania parziale,* che a noi sembra più accettabile.

(2) Alla teorica del grado in ordine alla volontà aggiungono i criminalisti la questione dell' *abitudine,* tolta ad imprestito dai moralisti, e sulla quale può vedersi Carmignani *elementa* §. 218. Altri eleva qui pure la questione sulla scusa

Digitized by Google

desunta dalla *facile occasione* di delinquere, trattata elegantemente dal Puttmann *diss. an et quatenus delinquendi occasio delictum ejusque poenam minuat: in ejus opuscula, opusc. 4, Lipsiae* 1789.

§. 344.

Riassumendo questa teorica dirò che la ubriachezza può guardarsi o nel suo grado o nella sua causa. Guardata nel grado si divide dai medico-legali in *giuliva, furibonda,* e *letargica;* e dai giuristi in *completa* o *piena,* ed *incompleta* o *semipiena,* secondo che lasciò o no un qualche raggio d'intelligenza, e così una qualche possibilità di coscienza. Guardata nella causa presenta diverse ipotesi — 1.° ubriachezza *accidentale:* la quale si ha in colui che non beve smoderatamente, ma rimane sopraffatto o per sua condizione morbosa, o per contraffazione del liquore operata maliziosamente da altri — 2.° ubriachezza *colposa:* ed è quella di colui che beve smoderatamente sino ad ubriacarsi ma non prevedendo che si sarebbe ubriacato — 3.° ubriachezza *volontaria:* ed è quella di colui che postosi a bere si prefisse precisamente il fine di condurre sè stesso allo stato di ebrietà, ma senza prevedere che avrebbe commesso delitto — 4.° ubriachezza *affettata,* (1) o come altri dicono *preordinata,* o *premeditata:* ed è quella in cui il colpevole si pone dopo avere premeditato un delitto, per il fine o di darsi maggior coraggio a commetterlo, o di soffocare le esitazioni della coscienza, o di prepararsi una scusa. La ubriachezza affettata a qualunque grado salga non è mai di scusa. La ubriachezza colposa e la volontaria se

Digitized by Google

sono complete tolgono ogni imputazione in ragione di dolo, lasciandola sussistere però in ragione di colpa; e se sono incomplete non operano che una minorazione. La ubriachezza accidentale non può mai far sorgere la configurazione della colpa: o è completa, e distrugge ogni imputabilità; o è incompleta, e restando allo agente una cognizione attuale si mantiene la imputazione del fatto come doloso salvo la minorazione del dolo, come nella *incompleta colposa* e *volontaria.*

(1) La denominazione di *affettata* a questa forma di ubriachezza generò equivoco in taluno, cui parve confondere la affettazione con la *simulazione:* ma è formula classica adoperata dai più antichi dottori: Tiraquello *de poenis temperandis causa* 6, *n.* 10 *in fine; et causa* 13 *in fine* — Menochio *de arbitrariis cas.* 326, *n.* 9 — Biermann *de eo quod justum est circa ebrios, Altorf* 1742, *pag.* 22. Le discordie che tuttora esistono fra i giuristi sul punto della ebbrezza affettata, nascono da un diverso modo di porre la formula della questione. Se l' ebro commise il delitto per eseguire una risoluzione precedentemente fermata nello animo suo, non si può non riconoscere un *nesso logicò* fra l' azione e il precedente disegno: e se esiste questo *nesso logico* è necessità che l' ebbrezza non fosse piena. O bisogna negare la *pienezza* della ebrietà, o bisogna negare che il delitto fosse *la esecuzione di un precedente disegno.* Vedasi ciò che recentemente scrisse il dotto Mangano nelle sue *brevi osservazioni sul progetto del Codice penale Italiano* all' *art.* 64, inserite nella *Giurisprudenza di Catania anno* 4, *dispensa* 6, *pag.* 89 *e* 90.

Digitized by Google

CAPITOLO IX.

Del grado nella forza fisica *del delitto.*

§. 345.

Ogni delitto suppone un' azione *esterna.* Le azioni esterne si compongono di diversi *momenti fisici,* come le *interne* di diversi *momenti morali* (1).

(1) Per il maggiore sviluppo della teorica *del conato e della complicità,* si vedano le *lezioni* da me pubblicate su questo argomento; *Opuscoli vol.* 1, *opusc.* 9 e che sono in commercio anche in volume separato, Tipi Giusti anno 1870.

§. 346.

Questi momenti fisici possono essere incompleti *soggettivamente* e *oggettivamente* nel tempo stesso, perchè alcuno di loro non abbia avuto il suo corso, e perciò non siasi raggiunto il fine dal colpevole agognato: e possono essere completi *soggettivamente* ma incompleti *oggettivamente,* perchè malgrado l' esaurimento di tutti i momenti fisici dell' azione il diritto che l' agente attaccava non sia stato violato.

§. 347.

In tali casi il delitto presenta una *degradazione* nella *forza fisica;* perchè o non è perfetta neppure l' *azione:* o se l' azione fu perfetta non è perfetta la *offesa alla legge.* E in ambo i casi si configura un delitto *imperfetto.*

Digitized by Google

§. 348.

Quando i momenti fisici dell' azione sono completi così *soggettivamente* come *oggettivamente*, la degradazione della forza fisica del delitto può sempre sorgere; ma non più per ragione di *imperfezione*, bensì per ragione di *divisione*. Ciò avviene quando più persone abbiano partecipato al delitto, ma non a *tutte* coteste persone siano, o *in parte* o *in tutto*, attribuibili *i momenti fisici* del delitto stesso. In tali casi sorge la nozione della *complicità*.

ARTICOLO I.

Del delitto imperfetto.

§. 349.

Il delitto è *perfetto* quando è consumata la violazione del diritto tutelato dalla legge penale. È *imperfetto* (1) quando tale violazione non è avvenuta sebbene il colpevole avesse, con volontà diretta a cotesto fine, dato opera ad atti esterni abili a procacciarla.

(1) Gli antichi scrittori (per esempio il Kemmerick) ebbero del delitto *imperfetto* una idea più larga. Dissero che il delitto poteva essere *imperfetto* tanto *ratione proaeresis*, quanto *ratione executionis*. Imperfetto nell' elemento intenzionale dissero il delitto dell' infante, dell' ebro, dell' irato, ed anche il colposo. Oggi ha prevalso di specializzare la *imperfezione* del delitto nella considerazione della sua materialità. Guardato il delitto come *ente giuridico* era forse più esatta la locuzione antica. Infatti è bene naturale

Digitized by Google

che alla intenzione *imperfetta* risponda un reato *imperfetto*. Ristretta ormai la formula *reato imperfetto* a designare la imperfezione nella sua forza fisica, deve notarsi che tale imperfezione risulta dal difetto del *momento consumativo*; sia che esso manchi nella sua *soggettività* perchè non sia stato eseguito, o siasi eseguito in modo insufficiente; sia che esso manchi soltanto nella sua *oggettività*, perchè quantunque eseguito in modo sufficiente l' atto consumativo, un fortuito abbia impedito lo evento voluto. Che se vi sia deficienza di alcuno dei momenti fisici essenziali ad un reato, e malgrado ciò lo evento che si voleva siasi ottenuto, il reato non più si dice *imperfetto*, ma invece s' impropria o cambia di titolo rimanendo perfetto. Così un omicidio insidioso che s' imputi ad alcuno sarà sempre perfetto quando avvenne la morte; ma se la difesa dimostra che vi fu difetto dei momenti fisici costituenti la insidia, il titolo si cambierà da quello di omicidio insidioso in quello di omicidio semplice. Così la ragion fattasi è perfetta quando per esercitare un diritto si usurpò dal privato l' altrui possesso; ma se si dimostri che mancò il momento fisico precedente costitutivo della violenza, il reato non diviene per questa deficienza imperfetto, bensì cambia titolo e degenera in arbitrio. Così il furto consumato e perfetto con l' apprensione della cosa mobile altrui non diviene imperfetto ove si dimostri che mancò la contrettazione *invito domino*, perchè la cosa indebitamente appropriata erasi dal proprietario stesso consegnata: il reato resta sempre perfetto ma s' impropria, e dal titolo di furto passa in quello di truffa. Il difetto nei momenti fisici precedenti l' atto consumativo rende pertanto imperfetto il reato unicamente allora quando l' evento non sia avvenuto per causa del difetto di quel momento precedente il quale abbia impedito l' atto consumativo o lo abbia renduto inefficace a produrre quella offesa giuridica che costituisce la speciale *essenzialità* del delitto voluto. La differenza fra i *criterii misuratori*, e i *criterii essenziali* di un malefizio deve essere guida costante in questa teorica.

Digitized by Google

§. 350.

Un delitto può restare *imperfetto*, o quando sia rimasta *imperfetta l' azione*, perchè interrotto o *insufficientemente* assunto il corso dei suoi momenti fisici: o quando, sebbene sia *perfetta l' azione* in tutti i momenti che erano necessarii a raggiungere il pravo fine, ed i medesimi fossero in loro *sufficienti* allo scopo, non è però conseguito l' effetto cui tendeva l'agente, a causa di un fortunato ed imprevisto impedimento. Nel primo caso si ha il *conato;* nel secondo può aversi in certe condizioni il *delitto mancato.*

§. 351.

Se la consumazione (1) sta *nello avere il fatto raggiunto la oggettività giuridica che costituisce il titolo speciale di un dato delitto;* egli è manifesto che il concetto della consumazione non è *assoluto,* ma tutto *relativo:* laonde uno evento che rispetto ad un titolo di reato costituisce *consumazione* non è che tentativo rispetto ad altro *titolo* di reato. Il ferimento è consumazione del titolo di ferimento; ma può essere conato del titolo di omicidio; lo atterramento di un uscio è consumazione del titolo di danno dato, ma può essere tentativo di furto; lo abbandono di un bambino è consumazione del reato di esposizione d' infante, ma può essere tentativo d' infanticidio; il toglimento della libertà di una donna è consumazione del ratto, ma può essere un momento di tentativo della violenza carnale: e così in altri casi.

Digitized by Google

(1) È un progresso della scienza moderna quello di farsi strada alle definizioni del *conato* e del delitto *mancato* col premettere la definizione della *consumazione*. Si vedano le nitidissime osservazioni che sotto il titolo modesto di *Nozioni elementari di diritto penale* si pubblicarono in Genova nel *Giornale delle Leggi n.* 30 *e seg.* da uno dei più insigni criminalisti Toscani il Consigliere Baldassare Paoli; le quali per buon servigio della scienza e della pratica sonosi raccolte e pubblicate in un prezioso volume.

§. 352.

I delitti *imperfetti* non possono dunque, per natura loro, presentare l' elemento del danno *immediato* che sarebbe proprio di ciascuno di loro; ma un danno immediato inferiore od anche nullo. Ciò non pertanto sono politicamente imputabili; perchè mentre sorge anche da loro evidente il *danno mediato,* le funzioni del *danno immediato,* che in loro manca, le fa il *pericolo corso* dalla società o dal cittadino attaccato (1). E dicesi *pericolo corso,* per distinguerlo da un *pericolo di mera previsione:* dal quale non emerge ragione legittima di imputazione.

(1) Mittermaier, Leliévre, e Wintgens sostennero che siccome il conato è un principio della esecuzione di un fatto *vietato* dalla legge, i magistrati possono punire il tentativo di un delitto ancorchè la legge non abbia dettato speciale divieto, e minacciato una pena speciale. La parte di un tutto proibito e punito è pur essa implicitamente proibita e punita. Questa dottrina pericolosissima si confuta dallo Jonge *de delictis vol.* 2, *pag.* 280. I codici moderni tolsero via questo dubbio dettando una disposizione *generale* per definire i casi nei quali volevano la punizione

Digitized by Google

del tentativo, lo che in certo modo fu la conferma della opinione scientifica che se la legge avesse taciuto non sarebbe stato punibile. L' antica pratica se ne sbarazzava con la teorica della *impropriazione* e della pena *straordinaria*.

§. 353.

Ma se la ragione di imputare il delitto *imperfetto* sta nel *pericolo*, che fa le veci del *danno*, egli è intuitivo che, appo la legge umana prevalendo la considerazione esterna alla interna, un delitto *imperfetto* non potrà mai imputarsi alla pari del delitto perfetto: appunto perchè un *pericolo corso*, per quanto grave, non potrà mai equivalere ad un *danno patito* (1).

(1) Da questa osservazione, tutta positiva e reale, si rileva come si calunni la scuola Italiana da coloro che le rimproverano di volere trovare una *attenuante* nel *caso fortuito*. Questo rimprovero poteva forse (dico *forse*) scusarsi se si fosse diretto contro il vecchio codice Austriaco del 1803. Ma diretto contro la scuola Italiana è una mera fiaba, poichè la nostra scuola mai propugnò la scusa del tentativo come *attenuante la pena*; sempre come *minorante il delitto* da imputarsi. Il fatto si imputa *tale quale è*. Ma nel fatto vi è un *meno:* dunque deve pesare *meno* sulla bilancia della giustizia. Niente si attenua: il fatto si colpisce inesorabilmente secondo la intrinseca gravità del suo stato di contradizione col diritto: un diritto *aggredito* non può essere eguale ad un diritto *violato*. Dunque fra la aggressione e la violazione esiste una differenza ontologica assoluta e costante. Non è benignità, non misericordia o mitezza: è *rigorosa giustizia* tener conto di quella differenza; nè più nè meno come si tiene conto (almeno fra noi) della differenza fra un furto di

Digitized by Google

diecimila lire, e un furto di due lire. Ma quei francesi che hanno pervertito il loro senso giuridico con la infausta panacéa delle attenuanti vedono attenuanti per tutto, e non vedono altro. È questo il vetro colorato che impedisce a quei dotti di scorgere la vera posizione delle questioni penáli anche nei casi più semplici. Non tutti però subiscono tale allucinazione. Odasi ciò che dice Du Boys *histoire du droit criminel vol.* 6, *pag.* 391, *Paris* 1845 — ivi — *I riformatori del codice penale di Francia del* 1832 *per una infingardaggine inescusabile rinviarono col mezzo delle circostanze attenuanti alla intuizione improvvisata del giurì la decisione dei più gravi problemi che dovevano seriamente discutersi e sciogliersi da Giureconsulti eletti dalla Nazione come suoi rappresentanti nell' opera della riforma legislativa. E così col mezzo termine del nuovo art.* 463 *tradirono il mandato che loro aveva dato la Nazione.*

§. 354.

A questo motivo primario si aggiunge eziandio la considerazione che nel delitto *imperfetto* è sempre proporzionalmente minore il danno *mediato,* sì nel rapporto dello spavento dei buoni, sì nel rapporto dell' incitamento ai malvagi. E si aggiunge altresì un riguardo politico: poichè esaurendo sul delitto imperfetto tutta la imputazione che si darebbe al delitto perfetto, resterebbero necessariamente senza imputazione gli atti che si fossero o continuati o ripetuti dal colpevole, per condurre il delitto, rimasto senza effetto, alla sua perfezione. Non mancano pure tuttavia, specialmente in Francia, caldi sostenitori della dottrina della parificazione. Ma notabile si è come si riproduca qui l' usato fenomeno della severità nella mitezza, e della mi-

Digitized by Google

tezza nel rigore. Coloro che sostengono la parificazione nel conato ne restringono la nozione: coloro che invece insegnano la più comune dottrina di una imputazione decrescente, estendono la nozione del conato punibile anche a casi nei quali i primi pronunciano la impunità. Questo fenomeno (1) è costante in tutta la storia del giure penale: e deve esserlo per la natura delle cose.

(1) Novella prova ne porge lo erudito scritto del Lacointa (*Revue critique tom.* 23, *pag.* 454) principalmente diretto a confutare il mio opuscolo sul tentativo: dove mi censura da un lato per troppa benignità, in quanto sostengo la disparità nella imputazione, e poi mi censura per troppa severità in quanto io trovo conato punibile in molte ipotesi che per lui dovrebbero sfuggire ad ogni imputazione; ipotesi che egli dice essere tentativi in senso *volgare* ma non in senso *giuridico*. Non è questo il luogo di replicare a quello scritto, che trova d'altronde preventiva risposta in ciò che io ho già pubblicato su questo argomento. Solo qui mi piace notare non essere esatto che il codice Prussiano del 1851 abbia seguito la dottrina della parificazione: se quel codice parifica il delitto tentato al consumato nei reati che colpisce con pena relativamente determinata (per esempio da cinque a dieci anni) ciò lascia campo al giudice di applicare il minimo ai fatti tentati e il massimo ai consumati. Ma dove commina pena assoluta (come la galera a vita, e la morte) ha espressamente prescritto che nel tentativo si scenda di un grado. Dunque il codice Prussiano ha accettato il principio che nel tentativo riconosce una minore gravità. Non so poi come possa asserirsi che il delitto tentato dia un mal esempio uguale a quello del consumato. Tutt'altro che mal esempio e incoraggimento ai malvagi deve dirsi una operazione delusa la quale assoggetta pure a non lieve pena. Se la questione si porta sul terreno del mal esempio poco

Digitized by Google

vi vuole invece a persuadersi della opinione nostra: sì per la ragione testè detta; sì perchè la parificazione portando la necessaria conseguenza di lasciare spesso impuniti molti tentativi che noi puniremmo, da tale impunità ne deriva appunto lo effetto d' incoraggire il malvagio. Questi non edotto nelle differenziali giuridiche fra conato più prossimo e più remoto, quando vede altri restare impunito malgrado il tentativo commesso, ne costruisce il dilemma, o non riuscirò e in tal caso non avrò molestie, o riuscirò e allora avrò sfogato la mia passione. Laddove nel nostro sistema ogni male intenzionato vede dinanzi a sè il terzo termine della non riuscita e della punizione incontrata ad ogni passo che egli muova nella via del delitto.

§. 355.

La divergenza fra l' antica scuola Italiana e l' antica (1) scuola Francese intorno alla grave questione sulla equiparazione del delitto tentato al consumato, ebbe forse causa dalla difforme intelligenza che i respettivi giuristi diedero alle leggi Romane. Ma codesta divergenza, che si mantiene fra le due scuole moderne, rimonta a più alti principii. Non solo vi è differenza per la trascurata distinzione fra il grado e la quantità del delitto; ma evvi ancora intorno al cardine fondamentale della nozione del delitto. La scuola prevalente Francese punisce nel delitto la *prava intenzione* purchè *manifestata* con atti esteriori, e dimostrata perseverante così da mantenersi fino al principio della esecuzione. In tale concetto *il fatto* non è ciò che si punisce; il fatto invece non serve che *a rivelare* la rea intenzione, la quale è ciò che si vuole punire. Simile idea si ricongiunge da alcuni giuristi con un modo

Digitized by Google

d' interpetrare il diritto Romano per guisa da sostenere che anche i Romani nel delitto punissero il *dolus* e non *l' azione;* lo che se è solidamente dimostrato in faccia ai monumenti di alcune scuole Romane, forse non era vero neppure in faccia a tutte quelle scuole. Da ciò ne consegue che dovendosi punire nel delitto la intenzione prava, tostochè dessa venga accertata dal principio della esecuzione, rimane indifferente alla essenza del reato che lo evento sia o no conseguito. Questo non è che un *accidente,* una *circostanza* del maleficio, ma il maleficio è completo, e rimane soltanto a discutere se per tale accidente debba o no attenuarsi la pena. Al contrario la scuola prevalente Italiana nel delitto punisce un *fatto* accompagnato da malvagia intenzione; laonde la materialità assume i caratteri di *elemento* del reato. In conseguenza il delitto si compone di due *forze* essenziali, o di due elementi. E poichè guardato sotto il punto di vista ontologico il delitto così concepito non è *completo* se quelle due forze non hanno percorso interamente la respettiva linea, così ne deriva che lo effetto mancato dia per risultamento un ente giuridico minore che non è il crimine susseguito dall' effetto, nè più nè meno come ciò si produce da ogni minorazione nello affetto. Per tal guisa noi imputiamo meno il conato non per attenuanza o benignità, ma perchè vi troviamo un *meno* del consumato, e perchè naturalmente il meno nelle condizioni di un ente deve riprodurre un *meno* nel suo valore. Stando così la divergenza nella primitiva nozione dell' ente giuridico che si chiama delitto, è chiaro che non potremo mai intenderci.

Digitized by Google

(1) È singolare che mentre gli antichi pratici Francesi sostenevano nei delitti gravi la parificazione (Bertrando *consilia vol.* 3, *pars* 1, *cons.* 169) facevano una eccezione a questa regola nello stupro violento: Bertrando *consilia vol.* 3, *pars* 2, *cons.* 31. Nella scuola italiana sembra che la parificazione si volesse accettare da qualche Canonista; ma tale opinione si limitò al solo effetto delle pene Canoniche, e mai allo effetto delle pene corporali statutarie, giusta la magistrale distinzione del Baldo *cons.* 430, *vol.* 2: ed anche nei delitti atrocissimi prevalse la dottrina che minorava la pena per il mancato effetto: Melchiori *omnium homicidiorum examen pars* 2, *quaest.* 1, *Venetiis* 1728. E che la consuetudine di punir meno il delitto non consumato fosse universale in Italia, lo asseverò sulla autorità di Gandino, di Cataldino, di Angelo, di Alexandro, dello Speculatore, e di altri, il Riminaldo *consil.* 761, *n.* 12, *vol.* 7, *pag.* 104. Novellamente sembrò revocare in dubbio la punibilità del conato Zacharia *der stadt pag.* 284 *e seg.*

I.

Del conato.

§. 356.

Definisco il *conato* (tentativo, attentato) — *qualunque atto esterno, univocamente conducente di sua natura ad un evento criminoso, ed al medesimo diretto dall' agente con esplicita volontà, non susseguito dall' evento stesso, nè dalla lesione di un diritto o poziore od equivalente a quello che si voleva violare.*

L' analisi di questa definizione ci fa conoscere quando si abbia il *conato* (1) e quando non se ne abbiano che le apparenze.

Digitized by Google

(1) Vedasi Passerino *de occidente unum pro alio disput. 4, cap. 2, pag. 225, Parmae* 1693 — Ludero Menckenio *de impunitate conatus in delictis; in ejus dissertat. juridicae dissert. 7, respond.* Sultzner, *Lipsiae* 1705 — Bommel *de cogitatione et conatu in poenalibus, Leyden* 1776 — Wybenga *de puniendo delinquendi conatu, Groningae* 1828 — Faider *de conatu delinquendi, Trajecti ad Rhenum* 1825 — Philipse *de conatu delinquendi, Lugduni Batavorum* 1822 — Neergaard *de conatu delicti ejusque poena, Gottingae* — Jordan *de conatu delinquendi, Marburgi* 1826 — Aster *de puniendo conatu, Lipsiae* 1836 — Van Der Veen *de conatu delinquendi, Groningae* 1832 — Hovius *de poena conatus, Amstelaedami* 1774 — Graaff *de poena conatus, Groningae* 1779 — Cropp *de principiis juris romani circa puniendum conatum, Lipsiae* 1813 — Roettig *quaestio juris criminalis num crimen haud idoneis opibus attentatum puniendum sit, Vratislaviae* 1867 — Nicolini *questioni di diritto parte* 2, §. 21 — Humbert *sur la tentative d'après le droit criminel des romains (Journal de l'académie de Toulouse vol.* 11, *pag.* 407) — *Annales de l'académie de Toulouse ann.* 1865, *pag.* 279.

§. 357.

Qualunque atto esterno — Il conato deve essere un principio di *esecuzione* del delitto; ma la esecuzione delittuosa non può neppure incoarsi senza un *atto esterno* della classe di quelli che per la *natura del fatto* rappresentano un momento fisico dell'*azione* criminosa. I desiderii, i pensieri, le deliberazioni, anche manifestate o confidenzialmente o per via di minacce o di accordi o di istigazioni, non sono *conati*. Non possono esserlo per la duplice ragione — 1.° che non rendono sempre *certa* la

Digitized by Google

intenzione di eseguire — 2.° che data ancora tale intenzione, non sono *in loro stessi* un principio di *esecuzione* del delitto pensato, deliberato, minacciato, istigato, od anche concordato (1).

(1) Non concordo col De Zúniga (*Practica judicial, Madrid* 1861, *vol.* 2, *pag.* 432, *nota* 1) che l' *accordo criminoso* nei delitti che non pertengono alla classe *dei sociali diretti* (nei quali l' accordo criminoso assumendo il titolo di *congiura* è delitto *consumato* di per sè stante) possa, come afferma questo insigne scrittore, considerarsi come un *vero tentativo*. Convengo però con lui che l' accordo e la istigazione a delinquere debbano, quando tendono a delitti gravi, imputarsi e reprimersi, ma come fatti criminosi distinti e completi in loro medesimi. E penso pure col prelodato scrittore che l' accordo e la istigazione non meritino repressione speciale quando avvennero in uno *slancio subitaneo di collera*. Verità di assoluta giustizia, che fu disconosciuta dal codice Toscano; il quale col punire indistintamente qualsiasi istigazione a delinquere (art. 54) parificò la istigazione seriamente emessa col più maturo proposito, alla istigazione inconsideratamente eccitata dallo erompere di uno sdegno improvviso.

§. 358.

univocamente conducente al delitto — La *univocità* della loro direzione al delitto è il *primo carattere* indispensabile a ricercarsi negli atti esterni che si vogliono imputare come *conati*. Finchè l' atto esterno sarà tale da poter condurre tanto al delitto quanto ad azione innocente, non avremo che un atto *preparatorio*, il quale non può imputarsi come conato (1). Ma gli atti esterni non costituenti

Digitized by Google

conato punibile perchè meramente *preparatorii*, possono essere tali, o in un modo *assoluto*, o in un modo *contingente* ossia condizionale (2). Sono preparatorii in modo assoluto quelli atti nei quali assolutamente manca il carattere di *principio di esecuzione*, di guisa che, dove pure le dichiarazioni del giudicabile rendano certi che furono dirette ad un delitto, pure non possono senza ingiustizia punirsi come tentativi, per un difetto che è nella natura loro, il difetto cioè di ogni esordio di *pericolo attuale*. Tali sono l' acquisto di armi, l' acquisto di veleni, le indagini per ottenere informazioni, il mandato, gli accordi criminosi, e simili. Sono invece preparatorii in modo contingente o condizionale quelli atti che rispetto ad un dato intendimento dello agente avrebbero la indole di *cominciamento di esecuzione* del delitto, ed offrirebbero un principio di *pericolo attuale;* ma che spessissimo si debbono guardare come meramente preparatorii per la mancanza di *univocità*, e lasciarsi impuniti perchè non si è certi che tendessero ad un *delitto*. Laonde essendo questa la sola ragione che porta a dirli preparatorii, ne avviene per buona logica che quando i medesimi si accompagnino da tali condizioni materiali che manifestino indubitata la loro direzione ad un dato delitto, possano senza errore punirsi come conati, perchè in loro il carattere di esecutivi e il pericolo attuale vi è. Così l' ingresso nella dimora altrui, se si contempli isolatamente, dovrà dirsi atto preparatorio perchè non rivela la propria direzione ad un delitto; sarà il reato di per sè stante di violazione di domicilio, e nulla più: ma se s' immagina il mio nemico mortale che col pugnale brandito

Digitized by Google

s' introduce nella mia camera mentre io dormo; o l' amante rejetto che notturnamente invade accompagnato da due scherani la casa della donzella; o i ladri notorii che muniti di grimaldelli, scalpelli, e recipienti atti al trasporto, invadono la casa dove si chiude un bottino correlativo a quei recipienti; il giudice potrà benissimo ravvisare in quella introduzione clandestina o violenta il carattere respettivamente di tentato omicidio, di tentato ratto, di tentato furto, e simili.

(1) Si è detto da molti (Schùermans *précis de droit pénal, pag.* 22, *Bruxelles)* che nelle mere *omissioni* non può ravvisarsi tentativo. Ma se nella omissione o mera inazione si configura il delitto doloso, ove sia la omissione volontariamente diretta al pravo fine e l' ottenga, non veggo perchè debba assolutamente negarvisi la possibilità del tentativo, quantunque possa rimanere più difficile la pratica costatazione della univocità. Una madre illegittimamente fecondata che lascia in terra la creatura senza legarle il funicolo nè darle alimento, e persevera in cotesto abbandono tanto che la creatura muoja, non sarà essa rea d' infanticidio doloso? E se dopo parecchie ore di quel malizioso abbandono in cui perseverava la madre, venne la creatura utilmente soccorsa, non vi sarà egli il tentativo?

(2) Esprimo con questa formula il concetto esattissimo insegnato dallo esimio Professore Tolomei *Corso di diritto penale, seconda edizione, Padova* 1866, *pag.* 236, *n.* 398 *alla fine.* Il giudice che applicasse la pena del tentativo ad un mandato a delinquere cadrebbe in un gravissimo errore, perchè calpesterebbe una verità ontologica (che come tale è sempre assoluta) e commetterebbe un ingiusto abuso di potere. Il giudice che punisse come tentato furto o tentato omicidio lo ingresso nell' altrui dimora quando la direzione di tale atto fosse per le sue speciali concomitanze univoca e

Digitized by Google

certa, non farebbe che eliminare un dubbio di fatto secondo coscienza sua, e proclamare quella verità ontologica che era inerente al fatto che contempla. Altro è *manifestare la volontà* di delinquere, altro è *cominciare la esecuzione* del delitto.

§. 359.

conducente di sua natura ad un evento criminoso — La *idoneità*, o attitudine di condurre al fine malvagio, è il *secondo carattere* indispensabile all' atto esterno nel quale voglia ravvisarsi l' *elemento fisico* del tentativo.

§. 360.

Gli atti inidonei non possono dunque imputarsi come delitto al preteso attentante. Se la inidoneità fu nei primi momenti dell' azione, cessa ogni imputazione loro come *conati;* perchè essi tutti mancarono di *pericolo.* Se fu nei successivi, resta la imputazione degli antecedenti quando ne siano suscettibili.

§. 361.

di sua natura — Nella indagine della *idoneità* si devono guardare soltanto le condizioni materiali degli atti nei quali si cerca il conato. Non è dunque necessario che la loro inidoneità sia *precognita* all' agente. Esigere ciò sarebbe un ridicolo controsenso.

§. 362.

Ma coteste condizioni degli atti devono essere guardate tanto in loro stesse, quanto nei loro rapporti col

Digitized by Google

soggetto passivo del delitto. Perciò la inidoneità, finchè siamo nei termini di *mero conato*, deve essere tanto *obiettiva* o *concreta* (cioè negli atti guardati nel loro rapporto col *fine speciale* cui gli indirizzava l' agente) quanto *subiettiva* o *astratta*, cioè negli atti *astrattamente* guardati (1).

(1) La proposizione che negli atti ***inidonei*** a raggiungere il fine criminoso non possa trovarsi un tentativo politicamente imputabile, procede senza certo contrasto nella generalità dei delitti. Evvi però un titolo speciale di malefizio nel quale può dirsi che nella pratica forense sia questo il principale argomento di disputa; parlo degli attentati contro lo Stato. Nei processi di questa natura si riproduce quasi sempre per parte degli accusati e loro difensori la eccezione che l' attentato non ha raggiunto gli estremi della sua punibilità per mancanza appunto d' idoneità nei mezzi. Noi eravamo pochi, non avevamo nè armi nè danari: non facemmo che un sogno quando immaginammo di operare una rivoluzione: sarà un sogno malvagio, ma non è punibile perchè non fu accompagnato da atti esteriori che avessero potenza a raggiungere il fine criminoso; e col punirci, voi non punite che la sola intenzione. Questo sistema defensionale incontra però poca fortuna nel foro, specialmente in certi stati. Nell' impero Austriaco è stato sempre inutilmente proposto, e si ha una giurisprudenza costante in contrario. È egli lo spirito di partito, o la deferenza all' autorità che ha dettato cotesta eccezione; o piuttosto è dessa veramente una eccezione? Alcuni la vollero appunto sostenere come eccezione, dicendo che nella perduellione l' attentato si parifica al consumato delitto, invece di dire che il delitto si consuma col solo attentare; ed hanno soggiunto che in tali reati il tentativo non è che un attentato di attentato, o perciò non può esigere tutti gli ordinari estremi del tentativo. Ma questo concetto mi sembra erroneo. Non vi è ragione, nè logica nè giuridica, per la quale se in un dato

Digitized by Google

malefizio l'attentato si considera come consumato delitto debba venire la conseguenza che in siffatto delitto si costruisca un conato senza gli estremi che sono a lui giuridicamente necessari. E poi non è vera la formula che in cotesti reati diasi al conato la pena del consumato; e nelle condizioni loro che il delitto si consumi con l'attentare, perchè la oggettività di tali malefizi non è il diritto che ha Cesare di possedere il Regno, ma il diritto che hanno i consociati che l'autorità costituita non venga attaccata; il loro oggetto non è il diritto a regnare ma il diritto di essere rispettato; cosicchè al primo atto esteriore esecutivo dell'attacco già il diritto è stato completamente leso. Ma da ciò non deriva che il tentativo di attacco rimanga punibile quando la idoneità mancò agli atti esteriori sui quali vorrebbe costruirsi. Piuttosto sarebbe a dirsi che in cotesti reati la inidoneità assoluta è assai difficile a dimostrarsi, perchè la storia ne accerta che talvolta anche le più piccole faville destarono grandissimo incendio quando trovarono nel popolo simpatie alla rivolta, cosicchè un pericolo vi è sempre anche nelle cospirazioni ordite con miserabili forze; e se la tenuità delle forze può dar ragione di dire che il tentativo fu remoto quando l'attacco del governo non era ancora esordito in aperto modo, non potrà però dirsi che il resultamento desiderato fosse impossibile a raggiungersi, come si dice con sicurezza in proposito di colui che voleva uccidere con un fucile carico a sola polvere o avvelenare col sale. Ragionando così, la teorica si coordina ai principii generali, e niente vi è bisogno di ricorrere ad una eccezione arbitraria, la quale se manca di ragioni giuridiche può facilmente considerarsi come un effato della tirannia.

§. 363.

ad un evento criminoso — Il delitto è un ente giuridico. Dunque coteste condizioni degli atti esterni

Digitized by Google

devono anche guardarsi nei loro rapporti *giuridici*. E così la inidoneità può derivare ancora da certe relazioni esistenti fra gli atti esterni ed il soggetto passivo del delitto; le quali abbiano formato un *ostacolo legale* (1), che rese impossibile fino dal suo principio la creazione, in quel dato ordine o forma di fatti, dell' ente giuridico che si dice *delitto*. La *inesistenza* del soggetto passivo contro il quale si dirigeva l' azione può nei congrui casi equivalere alla inidoneità.

(1) Così non può aversi tentativo di furto sulla cosa propria; di adulterio con la propria moglie; di ingiuria contro sè stesso; e simili.

§. 364.

Ma in generale in proposito di inidoneità deve distinguersi tra il soggetto passivo dell' *attentato*, e il soggetto passivo della *consumazione*. Perchè se la inidoneità, da qualsivoglia causa nascente, esisterà fino nel primordio dell' azione criminosa, e così nei rapporti degli atti col *soggetto passivo dell' attentato*, si avrà la totale cessazione del conato. Se invece esisterà solo nei rapporti col *soggetto passivo della consumazione*, potrà talvolta cessare la imputazione degli ultimi atti, e rimanere quella dei primi. È *soggetto passivo* della *consumazione* la cosa o persona su cui doveva aver luogo l' atto consumativo del malefizio. Tutte le altre cose o persone, sulle quali per la natura del fatto avvenga che il colpevole debba esercitare certi atti come mezzo per giungere poscia ad eseguire altri atti sul soggetto passivo della consumazione, sono *soggetto passivo*

Digitized by Google

dell' *attentato*. Per esempio, chi voleva rubare le gioie atterrò l' uscio della stanza: l' uscio è il soggetto passivo dell' *attentato;* soggetto passivo della *consumazione* sono le gioie. Onde se la inidoneità era nell' istrumento col quale volevasi sforzare l' uscio, sparisce ogni attentato politicamente imputabile. Se gli atti furono idonei a questa prima operazione, e l' uscio fu difatto atterrato: ma furono invece inidonei gli atti preordinati dal ladro ad impossessarsi delle gioie; cesserà la imputabilità di questi ultimi atti per ragione di inidoneità (1); ma rimarrà la imputazione dei primi.

(1) Anche gli atti *inidonei* successivi ad atti *idonei,* benchè direttamente non si imputino, hanno peraltro un valore di indole diversa appo la giustizia, ma un valore effettivo. Ed è quello di *rendere univoci* gli atti idonei precedenti; i quali di per loro non avrebbero forse avuto *univocità.* E poichè il criterio degli atti *preparatorii* bisogna trovarlo nella mancanza di *univocità,* questa osservazione è feconda di risultati: poichè rende imputabili come *conato* per effetto degli atti *inidonei susseguenti,* quegli atti *idonei precedenti* i quali per loro non avrebbero (perchè *equivoci)* costituito un conato punibile. Gli atti *inidonei* non forniscono dunque *in loro* un elemento di imputazione, ma rivelano e completano le condizioni giuridiche degli atti idonei. Con questa osservazione si giustifica la sentenza della Corte di Agen dell' 8 decembre 1849, della quale parla Blanche *(Première étude pag.* 15) e Lacointa *(Revue critique vol.* 23, *pag.* 473). *Laurent* aveva preparato un fucile carico per uccidere il figlio. Questi accortamente lo aveva scaricato, e riposto al suo luogo. Alla sera *Laurent* diè di piglio al fucile, e diè lo scatto per esploderlo contro il figlio, ma era vuoto. Fu punito come reo di tentato omicidio. Come (si gridò)

Digitized by Google

un tentativo con un fucile vuoto? No. Il tentativo punibile non sta nello scatto di un' arma assolutamente inidonea a nuocere. Sta nella precedente caricazione. Questo atto, quantunque idoneo, sarebbe stato meramente preparatorio perchè equivoco. Ma poichè la caricazione del fucile non mancava di univocità in un modo *assoluto* ma in un modo *contingente* (giusta la distinzione che ho fatto al §. 358) così l' atto successivo, quantunque inidoneo, diede al primo la univocità, e lo rese punibile come tentativo; soltanto la differenza nel risultamento è questa: ed è differenza vitale. Il conato può punirsi in quella ipotesi come remoto, ma non come prossimo. Lo scatto per esplodere era atto di conato prossimo, perchè eseguito sulla vittima che doveva essere *soggetto passivo* della consumazione. Ma quest' atto è *inidoneo*, e perciò non è in *sè stesso* imputabile. La caricazione e preparazione del fucile non era punibile finchè rimaneva equivoca. L' atto successivo benchè inidoneo le ha dato univocità e lo ha reso punibile. Ma la imputazione si dirige contro questo primo atto e non mai contro il secondo. Ora quel primo atto, quantunque divenuto univoco, non può essere che conato *remoto* perchè non cadde sul soggetto passivo della consumazione. La cosa è intuitiva. Devo però avvertire che quando stabilisco che gli atti inidonei successivi rendono imputabili gli atti idonei precedenti quantunque (in modo *contingente*) meramente preparatorii in loro stessi, non riconosco tale potenza nelle sole successive dichiarazioni verbali del colpevole. La univocità deve risultare da atti esecutivi e non da mere confessioni.

§. 365.

In tutti questi casi il *conato* cessa per ragione di *difetto* nel suo elemento *fisico*. Vale a dire gli manca la forza fisica *oggettiva*, la quale è rappresentata dal *pericolo corso*. Vi è un *conato* in senso *vol-*

Digitized by Google

gare, non vi è un conato in senso *giuridico.* E ciò per deficienza di condizioni nella forza fisica soggettiva.

§. 366.

al medesimo diretto dall' agente — La potenza negli atti eseguiti a procacciare la infrazione della legge, non potrebbe bastare perchè si tenesse responsabile di conato l' autore di tali atti, se cotesta potenza egli non conobbe; e se non li eseguì con *intenzione diretta precisamente* a cotesto fine. La colpa ha la sua essenza morale nella *mancata previsione* dell' effetto procurato con la propria azione. Il conato ha la sua essenza morale nella *previsione* di un effetto non ottenuto, e nella volontà di ottenerlo. Dunque fra la *colpa* e il *conato* vi è repugnanza in termini. Immaginare un *attentato colposo* è lo stesso che sognare un mostro logico. Eppure di questo mostro logico si volle da taluno (1) insinuare la giuridica possibilità!

(1) Il contrario erroneamente sostiene Winssinger *diss. quae sint differentiae inter facta dolosa et culposa pag.* 88. *cap.* 4, *sect.* 2 *et sect.* 4, *Bruxellis* 1824, e Lelievre *de poenarum delictis adequandarum ratione, pag.* 9, 10; ove a persuadere che devono punirsi anche i fatti colposi che non hanno recato danno, e così punirsi come tentato omicidio colposo il getto di un sasso dalla finestra benchè non abbia offeso nessuno, portasi (insieme ad altri molti sofismi) la peregrina ragione che il *pubblico può credere che quell' atto* imprudente ed innocuo, *fosse fatto con animo di nuocere, e quindi dubitare della propria sicurezza!!*

Digitized by Google

§. 367.

con esplicita volontà — Onde affermare che certi atti erano dall' agente preordinati ad ottenere un effetto *diverso* da quello che ne è risultato, non basta essere in grado di ritenere che cotesto risultato non ottenuto fosse un effetto che facilmente potevasi dagli atti stessi produrre, e con facilità prevedere. Bisogna essere certi di più che lo agente non solo *potè prevedere,* o vagamente *previde* l' effetto, ma bisogna essere certi che egli *voleva* precisamente procacciare cotesto effetto non ottenuto, anzichè l' effetto che ottenne. Per esempio, bisogna essere certi che voleva uccidere, e non soltanto ferire, quando di fatto ferì e non uccise. A cotesta *esplicita volontà* fermamente diretta a conseguire un fine *determinato,* non può sostituirsi una vaga previsione, una incertezza in cui oscilli l' agente circa l' effetto che produrrà: non basta, in una parola, la situazione del dolo *indeterminato.* Se avventò i suoi colpi *indeterminatamente,* come alla ventura, incerto se avrebbe ferito od ucciso, non è responsabile che del solo risultato che produsse. E se questo fu un ferimento non può addebitarsi di tentato omicidio, perchè ad avere cotesto titolo per cui l' *affetto* prevalga sull' *effetto,* bisogna che l' affetto fosse positivamente *contrario* ed esuberante all' effetto ottenuto.

§. 368.

Da questa verità che tutti i criminalisti riconoscono, sul fondamento della regola inconcussa che

Digitized by Google

in qualunque dubbio si deve supporre nell' agente la intenzione più mite e meno malvagia, ne consegue il principio che ai fatti commessi per subitaneo *impeto di affetti* non può adattarsi la nozione del conato. Codesta intenzione positivamente diretta alla morte bisogna che in colui cui vuole apporsi il tentativo di omicidio, risulti da circostanze che manifestino essersi all' intelletto dell' agente presentata esplicita la idea dell' omicidio, ed averla esso preferita alla idea del solo ferimento. Nel fatto dell' uomo acceso dall' ira la *potenza ad uccidere* che ricorra nei *mezzi* adibiti non è criterio che valga, a meno che quei *mezzi* adibiti si riferissero *esclusivamente* alla morte, o almeno che la morte fosse la conseguenza *ordinaria e quasi necessaria* dei medesimi, ed abbiasi ragione di credere che per codesta loro condizione micidiale si eleggessero dall' agente. Ora codesti termini non si adattano all' uso di un' arma, o da taglio o da fuoco. E coloro che corrono precipitosi a dire *nell' arma adoperata vi era l' attitudine ad uccidere,* dunque nel feritore vi era la *intenzione* di *uccidere;* non fanno un buon sillogismo. Il loro ragionamento è vizioso per tre cagioni.

1.° Perchè dai *mezzi* usati argomentando al *fine* voluto, *suppone un calcolo* in chi non agì per *calcolo* ma per subitanea perturbazione. E così confonde la prova dell' *elemento materiale* del tentativo con la prova dell' *elemento intenzionale.* Anzi rinnega, contro i principii fondamentali, il bisogno di questo elemento; e viene a creare il tentativo nella *sola attitudine* dei mezzi adoperati.

Digitized by Google

2.° Perchè dimentica quella verità sentita da tutti, che l' uomo irato dà di piglio al primo stromento che gli cade sotto la mano, senza riflettere se il suo effetto sarà o no micidiale.

3.° Perchè dimentica la verità sperimentale che ammaestra come anche nell' uso di armi o da taglio o da fuoco il *risultato più frequente* e *ordinario* sia il ferimento: il più infrequente l' omicidio. Questa verità è dimostrata dalle statistiche degli spedali, e dalle statistiche dei processi criminali. E da ciò si rende palpabile il sofisma dell' argomento che riducesi a questi termini — *Cajo ha usato uno strumento che in dieci casi cagiona la morte, ma in trenta cagiona soltanto il ferimento: dunque ha voluto la morte e non il ferimento.* — Non vi è dialettica che possa velare il vizio di tale argomentazione. Eppure cotesto viziosissimo argomento è quello che si ripete tutte le volte in cui si precipita dalla prova dell' *attitudine* alla prova della *intenzione,* senza cercare a questo distinto elemento una distinta costruzione. Del rimanente la regola che nei delitti commessi sotto l' impeto di subitanea collera non può aversi la nozione del tentativo (regola ammessa de Romagnosi, sostenuta da Nani, da Carmignani, da Lauria, da Giuliani, da Puccioni, e da altri molti) si è di nuovo nitidamente insegnata dall' Haus *(Cours de droit criminel, Gand, 1861, 1. 79, 80)* che pone come assoluto il broccardo — *dolus indeterminatus determinatur eventu;* opinione che Haus ha riprodotta nella seconda edizione della sua opera *(Gand, 1874, n. 300 et n. 400):* e recentemente dal mio dotto collega Tancredi Canonico

Digitized by Google

Professore di giure penale a Torino, nel suo bel libro intitolato *Introduzione al diritto penale 2.ª ediz. pag. 228.*

§. 369.

In questi ultimi due casi di intenzione *indiretta,* e *imperfetta,* il conato sparisce per *difetto* nel suo elemento morale. La regola pertanto deve su questo proposito ridursi, a mio parere, alle seguenti due formule. 1.° Si ammetta conato nell' impeto istantaneo quando gli atti non potevano condurre che ad *un solo* risultato possibile; per esempio il getto del fuoco non può condurre che all' incendio. Allora non potendo supporsi mai che l' uomo (in qualsiasi stato di animo) agisca senza volere *qualche cosa,* è bene necessità logica presumere voluto quell' *unico effetto* che rispondeva all' atto eseguito. — 2.° Quando agli atti eseguiti nell' impeto possono rispondere due diversi effetti (per esempio il ferimento e la morte) si deve sempre ritenere il minimo: *semper in dubiis id quod minimum est eligendum.* La perturbazione dell' animo non può negarsi che renda *dubbia* la sua direzione ad un fine piuttosto che ad un altro: e tanto basta. Il dolo resta indeterminato; e col dolo indeterminato non può accozzarsi la nozione del tentativo (1) del delitto più grave.

(1) Vedasi Lelièvre *de conatu, pag.* 201, e Van Hasselt *ad art.* 295, *pag.* 37, *Groningae* 1839.

Digitized by Google

§. 370.

non susseguito dall' evento stesso — Altrimenti il delitto sarebbe perfezionato dall' evento; e il conato sparirebbe *per eccesso.*

§. 371.

In conseguenza i delitti che *perficiuntur unico actu,* i delitti di *parola,* non ammettendo frazionamento nei loro momenti fisici, non possono offrire i termini di conato.

§. 372.

nè dalla lesione di un diritto o poziore o equivalente a quello che si voleva violare — Il delinquente potè spesse volte dirigere la sua azione ad un *finè ulteriore,* che da lui non si conseguì. Ma non sempre gli è dato per questo, ove pure dimostri essere così rimasto deluso il suo intendimento, di invocare la scusa del tentativo.

§. 373.

Quando l' azione da lui posta in essere ha consumato la offesa di un *diritto universale,* od anche di un diritto *particolare,* ma uguale o poziore di quello che si voleva ledere dal reo, si ha un delitto perfetto nella sua *obiettività giuridica:* e sebbene non abbia il colpevole raggiunto la *obiettività ideologica* del suo disegno, non può parlarsi di *tentativo.*

Digitized by Google

§. 374.

Ciò accade in quasi tutti i reati che appartengono alla classe dei delitti *sociali;* ossia *politici,* o diretti o indiretti.

Così la *congiura;* la *perduellione;* l'oltraggio alla *morale* o alla *religione;* lo *spargimento di empii dommi;* la *calunnia;* la *falsa testimonianza;* il *favoreggiamento;* la *violenza pubblica;* la *resistenza;* la *corruzione;* il *falso in strumento pubblico,* o *nummario;* non sono *tentativi* quando siano in sè stessi completi. Non sono *tentativi,* quantunque i loro autori non abbiano respettivamente ottenuto l'*ultimo fine* (obiettività *ideologica*) al quale unicamente dirigevano il loro malefizio. Non hanno rovesciato il governo; non corrotto la pubblica morale; non pervertite le altrui credenze; non hanno fatto condannare l'innocente, o assolvere il colpevole; non procacciata la impunità del reo favorito; non obbligato l'autorità a chinare la fronte alle loro esigenze; non costretto la forza pubblica a desistere dalle sue operazioni; non procacciato una sentenza ingiusta; non hanno lucrato sulla falsa moneta. Niente in una parola di ciò che quei diversi delinquenti volevano ottenere, fu conseguito da loro. Ma pure il loro delitto è *perfetto:* perchè la *effettività* del danno *universale* consiste nella violazione del *diritto astratto* che ha ciascun cittadino a vedere rispettate l'autorità, la religione, la morale pubblica, la giustizia, la pubblica forza, la pubblica fede. E questa *effettività* del danno recato al diritto *astratto universale* basta a far sì che sia raggiunta la obiettività

Digitized by Google

giuridica del malefizio, e che la semplice *potenzialità* della violazione del *diritto concreto* costituisca perfetta la offesa alla legge (§. 112).

§. 375.

Ma questa *potenzialità* deve esservi; altrimenti repugnerebbe che atti inconcludenti e puerili configurassero una perfetta offesa alla legge. I fatti che non hanno potenza nessuna di violare effettivamente mai il *diritto concreto,* non possono offendere il *diritto astratto.* Chi oserebbe punire colui che avesse coniato una moneta di legno, o che fosse venuto in giustizia ad accusarmi di aver rubato il campanile del duomo!

§. 376.

Deve però avvertirsi che sebbene tali delitti *non siano tentativi,* ammettono però la nozione del *tentativo* rapporto a loro stessi.

§. 377.

Ma questo effetto della prevalenza del mezzo sul fine, causativa della perfezione del delitto anche quando il colpevole non abbia raggiunto il suo intento, si verifica anche nei delitti di mero *danno immediato particolare,* tutte le volte che col *mezzo* si viola un diritto o *equivalente* o *poziore* a quello, la cui violazione volevasi come *fine.*

Digitized by Google

§. 378.

Così nel *rapimento* di donna a fine di libidine si ha ratto consumato, benchè la libidine non siasi sfogata. Così nella *violenza privata,* e nello *scopelismo,* si ha il delitto perfetto, benchè l' uomo che si voleva intimorire non abbia poscia aderito alle voglie del violentatore o del minacciante: così nel *latrocinio* si ha delitto perfetto, quantunque il malvagio dopo ucciso l' uomo non abbia potuto consumare il furto: e così in altri casi.

§. 379.

Così nel furto stesso, sebbene il ladro sorpreso con la roba in dosso mentre scendeva le mie scale non abbia niente lucrato, il furto è consumato; perchè l' identico diritto patrimoniale che si voleva violare dal ladro con lo spogliarmi della cosa rubata, si è già da lui completamente violato nello elemento del possesso col prendere la roba (1).

(1) Vedasi la mia *prolusione al corso accademico* 1870-1871, ove ho latamente confutato le obiezioni opposte a questa dottrina. Questo scritto è stato riprodotto nei miei *Lineamenti di pratica legislativa, osservazione* 11, *Torino, fratelli Bocca* 1874.

§. 380.

In tutti questi casi vi è sempre cessazione di conato per ragione di *eccesso;* perchè cioè gli atti compiuti presentando una violazione che uguaglia o

Digitized by Google

soverchia quella che si sarebbe prodotta dall' evento voluto o dagli atti ulteriori, l' azione eccede la nozione del mero attentato (1).

(1) Taluni insegnano che la parola *attentato* debba unicamente restringersi a designare gli atti *preparatorii* del tentativo; ossia il tentativo in senso volgare sempre distinto dal tentativo in senso *legale:* ma, salvo il rispetto al criminalista Italiano cui piacque tale nomenclatura, io non credo la medesima nè bastantemente fondata nell' autorità, nè bastantemente giustificata dal senso etimologico, nè in alcun modo utile alla trattazione della materia. Potrà forse trovare la sua ragione in qualche diritto costituito. Ma in quanto a me seguito il comune linguaggio, usando promiscuamente come sinonime le parole *attentato, conato, tentativo;* e indicando con il loro semplice e genuino nome gli *atti preparatorii,* i quali non essendo punibili non costituiscono un *attentato giuridico,* e perciò non sono in faccia alla scienza *attentati.*

§. 381.

La degradazione della imputazione del tentativo procede sempre con un rapporto proporzionale alla imputazione che sarebbesi data al delitto se fosse stato perfetto. È questo il primo tipo della sua misura.

§. 382.

Ma nello imputare il conato deve ancora aversi riguardo alla *qualità,* e alla *quantità* del conato stesso, servendoci della nomenclatura del Carmignani; alla quale noi per maggiore esattezza vorremmo sostituire le formule di *quantità morale,* e di *quantità fisica.*

Digitized by Google

§. 383.

La *qualità* (ossia la sua *quantità* morale) nel conato si desume dalla sua *forza morale.* E questa cresce o decresce secondo le *cause* che impedirono la consumazione.

§. 384.

Tali *cause* possono essere o *volontarie,* o *casuali.*

§. 385.

Sono *volontarie* quelle che ebbero la loro genesi in un cambiamento tutto ultroneo di volontà nell'agente. È il caso del vero pentimento; è la desistenza dal *fine,* ben diversa dalla mera desistenza *dai mezzi.* Quindi non è vero, come (1) taluno pretese, che alle cause *volontarie* non debba referirsi la *pietà* che siasi destata nell'animo dell'assassino alle preghiere della vittima. Il moto del suo animo, sia pur esso eccitato dal pianto altrui, è sempre moto dell'animo suo; è sempre vero pentimento e vera desistenza dal delitto: lo che non si avvera quando la desistenza è figlia di un moto d'animo che proceda dal sospetto o dal timore di qualche accidente sopravvenuto.

(1) Lacointa (*Revue critique, tom.* 23, *pag.* 470) censura la nostra nozione delle cause *morali.* Egli dice che in pratica è impossibile conoscere se l'agente desistè spontaneo o coatto. Così confondendo la nozione si fa strada a so-

Digitized by Google

stenere la imputabilità malgrado la desistenza spontanea: e per dimostrare questa sua tesi fa un caso di desistenza che non è spontanea come quello che giudicò la Cassazione di Francia il 28 luglio 1848, ove un terzo con la pistola alla mano aveva costretto l' assassino a desistere. Scambiando la ipotesi di fatto è facile confutare qualunque regola. Il criterio per distinguere la desistenza spontanea dalla non spontanea è agli occhi miei nitido e chiaro. La esecuzione s' interrompe per un atto di volontà dell' agente tanto se egli si ritrae per un *ostacolo che apprenda*, quanto se desista per *cangiato pensiero*. Ma nel primo caso si ha l' interrompimento per causa *casuale morale*; nel secondo caso si ha l' interrompimento per causa *volontaria*, ossia *desistenza spontanea*. Se l' agente desistè perchè un terzo gl' intimò con la pistola di desistere; se desistè perchè si vide scoperto da qualcuno; se desistè perchè il cane latrò, o perchè vide accorrere gente, la causa è *morale*: poichè tutti cotesti accidenti non gl' impedivano *fisicamente* di continuare; ma non è *volontaria*, perchè desistè *contro sua volontà*, mentre egli avrebbe *voluto continuare*. Se l' agente al contrario desistè perchè pensò alla pena, o desistè perchè si commosse al pianto ed alle preghiere dell' aggredito; ei non vide in ciò un ostacolo imminente. Fu tutto un moto dell' animo suo che lo fece cangiar consiglio. La causa è *volontaria*. La desistenza è spontanea, e il conato non deve imputarsi. Il vero concetto di questa teorica si volle designare da alcuni moderni mercè la formula che la impunità dovesse riserbarsi al *tentativo abbandonato*, e non al *tentativo impedito*, sia che lo impedimento da cause *fisiche* o da cause *morali* derivasse. Ugualmente non trovo concludenza giuridica nella distinzione che suggerisce Lacointa (*l. c. pag.* 23) tra cause *reali*, e cause *immaginarie*. L' uno desistè perchè sopravvennero persone, l' altro desistè perchè credette udire sopraggiungere persone, ma invece erano i passi di un animale. Pare che l' illustre criminalista trovi una differenza fra caso e caso: io non ve ne trovo alcuna. In ambedue i casi non può dirsi

Digitized by Google

ricorrere causa fisica, perchè il sopraggiungere di persone (o reale o immaginario che fosse) non apportava fisico impedimento a continuare. In entrambo i casi non si ha una causa volontaria, perchè la genesi della desistenza tiene ad una accidentalità estranea al volere del reo, e perchè egli desistè di mala voglia. In ambo i casi abbiamo dunque una causa *casuale morale*. Precisiamo bene il concetto della *spontaneità* della desistenza, e non troveremo difficoltà ad applicarvi la dottrina della cessazione di ogni pena. In una parola la differenza fra causa *casuale morale*, e causa *volontaria* si riduce a questa indagine. Il colpevole desistè perchè ebbe *coscienza di non potere* con sicurezza per cagioni o vere o supposte, compire il delitto? La causa è *casuale morale*, e il tentativo rimane imputabile. Il colpevole desistè perchè, quantunque rimanesse in lui la *coscienza di potere senza proprio pericolo attuale* condurre a termine il reato, cambiò consiglio? È tentativo *abbandonato*. Non è imputabile. La non imputabilità non la desumiamo dunque dalla circostanza del *mutato consiglio*, ma dalla *cagione* del mutato consiglio. Se cotesta cagione provenne dall' apprensione di un ostacolo o di un pericolo proprio imminente, non è resipiscenza. Se provenne da pietà o da prevalenza della ragione e del sentimento del dovere, è resipiscenza. Ho voluto qui dilungarmi in questa confutazione per mostrare quanta stima io mi abbia del dotto Magistrato francese, che ha fatto studi profondi sul tentativo; stima che niente impallidisce per certi dissensi che la lunga corrispondenza della quale mi ha onorato non è riuscita a vincere tra di noi.

§. 386.

Le cause *casuali* sono quelle provenienti da circostanze che sospesero la esecuzione del reato contro la volontà dell' agente.

Digitized by Google

§. 387.

Queste possono essere o *fisiche*, o *morali*. Le cause che altri disse *legali* non degradano il conato, ne distruggono la essenza; ed è repugnante il dire che ciò che *distrugge* un essere attribuisca una *qualità* all' essere stesso.

§. 388.

Le cause *casuali fisiche* sono quelle che con un' azione *materiale* impedirono la consumazione: sia che abbiano agito sul soggetto attivo primario, come se alcuno arrestò il braccio del feritore: sia che abbiano agito sul soggetto attivo secondario, come se la falsa chiave si ruppe nella serratura che dovea rendere aperta: sia che abbiano proceduto dal soggetto passivo o dell' attentato, o della consumazione presentando un ostacolo materiale che abbia resistito all' azione colpevole. Tostochè l' impedimento o l' ostacolo ha agito *materialmente*, dicesi il delitto essere rimasto imperfetto per causa *fisica*.

§. 389.

Le cause *casuali morali* sono quelle che agirono sulla volontà del colpevole, e lo costrinsero mal suo grado a desistere. Naturalmente anche tali cause devono consistere in una *materialità:* ma questa ha esercitato una influenza *coattiva* non materiale ma puramente *morale* sull' azione. Così se un accorso acclama contro il feritore e il feritore desiste, tale

Digitized by Google

acclamazione è un fatto *materiale*, ma la sua influenza fu puramente *morale;* perchè malgrado le grida poteva bene colui continuare a ferire; e se desistè, e così non avvenne l' omicidio, fu perchè quelle grida eccitarono nell' animo del feritore una trepidazione, che lo spinse a cessare le offese, quantunque il suo braccio potesse ancora continuarle e quantunque in lui ne perseverasse il desiderio.

§. 390.

La *qualità* del conato, desunta così dalla diversità delle *cause* che impedirono la consumazione, influisce sulla imputazione del conato stesso in questo senso: che tanto più si degrada la imputazione dalla misura che avrebbe avuto se il delitto fosse stato perfetto, quanto più nello impedimento della sua perfezione ebbe parte la volontà dell' agente.

§. 391.

La degradazione desunta da cotesto criterio giunge fino ad annientare la imputazione del tentativo (1), se la desistenza dall' azione fu *esclusivamente* attribuibile alla volontà del suo autore; purchè avvenisse ad un momento in cui non era stato ancora violato nessun diritto. È evidente che quando la causa impeditiva della consumazione fu *volontaria* nel senso testè (§. 385) definito, il danno mediato sparisce affatto; perchè i buoni certamente nulla hanno a temere da cotesto fatto, il quale, ove cento volte si ripetesse, non potrebbe mai turbare di un atomo l' ordine esterno; e sarebbe puerile il sup-

Digitized by Google

porre che ne potessero trarre argomento di audacia i malvagi.

(1) Concorda *leg.* 19 *ff. ad leg. Cornel. de falsis — suffragio justae poenitentiae absolvuntur — Leg.* 1 *C. de crim. stellion* — Strykio *de jure sensuum diss.* 10, *n.* 27, *et seqq. Francofurti ad Viadrum* 1737. Per la cessazione di ogni imputabilità nel caso di desistenza volontaria erasi dapprima pronunziato il Carmignani. Poi nelle ultime edizioni dei suoi *elementa* passò nel pensiero di Kemmerich, e opinò (§. 245 *nota* 3) che dovesse almeno leggermente punirsi lo attentante che spontaneo aveva desistito. Per la imputabilità malgrado il pentimento si pronunziarono il Claro (*sententiarum lib.* 5, *quaest.* 60, *n.* 21, *Venetiis* 1640) Boehmero (*meditat. in C. C. C. art.* 178, §. 13 *Halae Magdaburgicae* 1774) Carpzovio, Grohmann, Tittmann, Philipse, e Kleinschrod che si contentò di un monito giudiciale; e Wintgens il quale si strinse all' argomento che anche il conato è una violazione di legge, e così un delitto punibile. Al contrario sostennero la non imputabilità penale Cremani (*lib.* 1, *parte* 1, §. 4, *Ticino* 1791) De Simoni (*delitti di mero affetto parte* 1, *cap* 7, §. 8, *Milano* 1818) Feuerbach, Bexon, Oersted, Schröter, Henke, Bauer; i quali fanno prevalere la considerazione politica. Meglio di tutti lo Jongsma *dissert. an delinquendi conatus poena sit afficiendus, si delinquens mutato consilio sponte et ultro nulla ratione extrinsecus accedente coactus, a delicto consumando se abstineat, pag.* 57 *et* 84, *et per tot. Groningae* 1828: il titolo di questa elegante dissertazione riassume tutta la teorica racchiudendo tutte le condizioni della scriminazione mediante la esatta parola *coactus*.

Digitized by Google

§. 392.

La *quantità* del conato (ossia la *quantità fisica*) che è il secondo criterio della sua misura, si desume dalla sua *forza fisica*. E cresce o decresce secondo che il momento al quale si arrestò l'azione era più o meno *prossimo* all'ultimo atto consumativo.

§. 393.

In questo criterio fondasi la distinzione tra conato *prossimo* e conato *remoto*. Il conato *incomincia* quando gli atti acquistano *univocità* verso il delitto. Finchè sono equivoci non sono che *atti preparatorii*, e non costituiscono attentato politicamente imputabile. Quando acquistano *univocità* (sono cioè indubitatamente diretti al delitto) assumono il carattere di *atti di esecuzione*.

§. 394.

Ma finchè gli atti di esecuzione si svolgono sul mero *soggetto attivo secondario*, o sul *soggetto passivo del conato* (nei casi in cui vi ha luogo) non sono che tutto al più tentativi *remoti*.

§. 395.

Quando l'azione comincia ad esercitarsi direttamente sull'uomo o sulla cosa che sono destinati ad essere *soggetto passivo della consumazione*, il tentativo diventa *prossimo*. In una parola il tentativo

Digitized by Google

è *prossimo* quando è incominciata la esecuzione *obiettiva:* tutti gli atti di mera esecuzione *subiettiva* sono tentativo *remoto.*

§. 396.

Il tentativo *remoto* o non è imputabile, o lo è assai lievemente in confronto del *prossimo.* La *prossimità* cresce come più gli atti si avvicinano alla *consumazione;* e cresce, non in ragione diretta del numero degli *atti eseguiti,* ma in ragione inversa del numero degli atti che rimanevano a farsi per giungere *ad esaurire* la consumazione.

§. 397.

Sono queste le regole con le quali il conato si distingue dai delitti perfetti, e dagli atti politicamente innocenti. E così si gradua la imputazione del conato sulla ragione composta della sua *qualità,* e della sua *quantità:* o come preferirei dire, della sua *quantità morale,* e della sua *quantità fisica.*

§. 398.

Ma tutta questa nomenclatura bisogna intenderla nel senso in che noi la usiamo; altrimenti le regole sarebbero fallaci. Per noi la *esecuzione* del *delitto* esprime una serie di momenti che sono distinti da quelli della *preparazione,* e da quelli della *consumazione.*

Avverto ciò perchè la parola *esecuzione* varia di significato non solo nel linguaggio *volgare,* ma anche nel linguaggio *legislativo.*

Digitized by Google

1.° Varia nel linguaggio *volgare,* nel quale spesso si confonde la prima *esecuzione* del *disegno pravo* con la *esecuzione* del *delitto.* Quando un uomo deciso ad uccidere carica l' arma, il volgo dirà che comincia ad *eseguire.* Sì: egli comincia ad *eseguire* il suo *disegno:* ma il *delitto,* come *ente giuridico,* non incomincia che quando incomincia *univocamente* il rapporto di contradizione fra gli atti ed il diritto attaccato. Per il giurista quelli atti non sono di *esecuzione,* ma di *preparazione.*

2.° Varia nel linguaggio *legislativo.* Perchè alcuni codici (per esempio quello di Francia (1)) usano la parola *esecuzione* a significare la *consumazione.* E così lasciando impunito il conato *remoto,* non ravvisano tentativo politicamente imputabile che quando sono incominciati gli atti di *consumazione.* È per ciò che Rossi, e in generale tutti coloro che si sono ispirati alla definizione del codice Francese, vi dicono che il ladro finchè rompe l' uscio e si introduce nella casa non ha anche cominciata la *esecuzione,* e che la comincia solo quando egli porta la mano sulla cosa che vuol rubare. Così dicono che l' omicida incomincia la *esecuzione* allora soltanto quando appressato alla vittima imprende a darle colpi nella persona. Così altri sostengono che colui il quale imposta un' arme da fuoco contro il nemico carica ed a cane alzato, con animo di esploderla e uccidere, se vien fermato il suo braccio, non è reo di tentativo: onde per punire questo fatto ricorrono al concetto della minaccia; concetto evidentemente falso, perchè la essenza della minaccia sta nell' *animo di atterrire,* del tutto alieno da chi ha invece l' *animo di uccidere.* È evidente che questa dottrina

Digitized by Google

è tutta figlia di una varietà di linguaggio; e precisamente del diverso senso che si è dato alla parola *esecuzione,* referendovi il concetto mero di *consumazione.* Vi è dunque fra noi e loro difformità di linguaggio, la quale conduce in alcuni casi ad una difformità di applicazione di principii.

Per noi la *preparazione* è distinta dalla *esecuzione,* come la *esecuzione* in stretto senso lo è dal periodo della *consumazione.* Gli *atti preparatorii* si sconfinano dagli *atti esecutivi* mercè la *univocità:* quelli non sono niente; questi sono conato *remoto.* Gli *atti esecutivi* si sconfinano dagli *atti consumativi* mercè la *presenza* del *soggetto passivo* della consumazione. Gli atti che non si svolgono alla presenza dell' uomo o della cosa su cui doveva il crimine consumarsi, sono *conato remoto:* quelli che si svolgono agendo sul soggetto passivo della consumazione sono, non più meri atti *esecutivi,* ma atti *consumativi;* e divengono conato *prossimo.* Il quale diviene delitto *perfetto* tostochè è *consumata* la *violazione del diritto attaccato.* Che se gli *atti consumativi* sono idoneamente esauriti, ma l' evento reo non segue per cagione di un *fortuito imprevisto,* il conato compie la sua vita giuridica, e trapassa in *delitto mancato.*

(1) Questo concetto è nitido ed evidentissimo per il testo dell' art. 2 di quel Codice. Esso punisce — ivi — *il tentativo seguito da un principio di esecuzione.* Dunque *due* sono le condizioni che richiede quella legge: 1.° Che si abbia un *tentativo* — 2.° Che questo tentativo sia *seguito da un principio di esecuzione.* Ma perchè gli atti esterni siano tentativo bisogna che costituiscano *un principio di esecuzione.* Dunque

Digitized by Google

l' articolo 2 direbbe che *ogni principio di esecuzione* (tentativo) è soltanto punibile quando è *seguito da un principio di esecuzione:* lo che sarebbe anfibologico se la parola *esecuzione* in quel testo non si intendesse nel senso di *consumazione;* ossia *tentativo seguito da atti consumativi.* Questa fu la interpretazione che dettero costantemente all' articolo 2 i magistrati lucchesi finchè quella provincia fu governata dal Codice Francese. E diversa interpretazione prevalse in tema di furto, perchè il tentativo di questo delitto era previsto più specialmente dall' articolo 401, il quale diceva — sarà punito ogni *tentativo di furto* — senza ripetere l' altra condizione — *seguito* da un principio di esecuzione. Laonde per avere nel furto il tentativo punibile si ritenne bastare che fossero cominciati gli *atti esecutivi* senza richiedere di più che si fossero cominciati gli *atti consumativi.* La cosa è evidente.

II.

Del delitto mancato.

§. 399.

Il delitto, dicemmo, può restare imperfetto così quando gli atti *necessarii* ad ottenere il pravo fine non sieno stati *tutti* eseguiti, come allorchè, malgrado l' esaurimento loro, non sia per una qualche fortuita combinazione, susseguito l' evento che dal colpevole si agognava. Nel primo caso si incontra il conato; nel secondo il tentativo può trapassare in *delitto mancato.*

§. 400.

Gli antichi criminalisti non conoscevano come una specialità il *delitto mancato;* e chiamando ora *co-*

Digitized by Google

nato pretergresso, ora conato *perfetto,* quel fatto in cui l'agente aveva esaurito tutti quelli atti che nel disegno suo dovevano raggiungere il desiderato evento, senza averlo peraltro procacciato, ritenevano questa forma come il più *prossimo* dei tentativi.

§. 401.

Modernamente fu avvertito che nel *delitto mancato* vi era soverchianza di *pericolo,* e di *danno mediato,* a paragone dei semplici tentativi. E si fece una nozione distinta di questa specialità; la quale fu accolta nella scienza, e trovò sede in parecchi tra i codici moderni (1).

(1) È universalmente assentita la opinione che attribuisce a Romagnosi il merito di avere per il primo segnalato la configurazione del delitto mancato; che è bene distinto dal conato pretergresso degli antichi, inquantochè a questo bastava che lo agente avesse compiuto tutti gli atti coi quali intendeva giungere al pravo effetto, mentre quello richiede di più che si siano eseguiti tutti gli atti che erano per la natura del fatto *necessarii* a raggiungere il fine. Trovo però che il codice Prussiano del **1794** promulgato da Federigo Guglielmo, agli art. **40** e **41**, distinse il caso in cui il colpevole avesse eseguito tutti gli *atti necessarii* al delitto senza consumarlo, e il caso in cui fosse stato impedito a compirli. Nel primo caso diminuiva la pena ordinaria di un grado; nel secondo di due gradi. Ma siccome Romagnosi aveva pubblicato la sua genesi del diritto penale in Pavia nel **1791**, così è probabilissimo che i giuristi chiamati da Federigo a comporre il suo codice del **1794** attingessero questa idea dai libri del nostro antecessore.

Digitized by Google

§. 402.

Il *delitto mancato* si definisce — *la esecuzione di tutti gli atti necessarii alla consumazione di un delitto, posta in essere con intenzione esplicitamente diretta a cotesto delitto, ma non susseguita dallo effetto voluto, per cagioni indipendenti dalla volontà e dal modo di agire del colpevole.* L' analisi fatta di sopra della definizione del conato semplicizza l' analisi della definizione del delitto *mancato:* ed è inutile ripetere ciò che si è detto in ordine al suo elemento *morale,* cioè alla intenzione.

§. 403.

Specializza la nozione del delitto mancato quella formula — *esecuzione di tutti gli atti necessarii alla consumazione di un delitto.* Ciò che costituisce la essenza *materiale* del delitto mancato è lo *esaurimento di tutti* gli atti *necessarii al delitto.* Finchè l' azione criminosa era *in via,* poteva il delinquente *pentirsi,* e pentirsi utilmente. Ma quando *tutti* gli atti erano compiti, il pentimento (se in quegli atti era la *idoneità*) sarebbe stato tardo ove la provvidenza non avesse, con la intromissione di un fortuito, salvato la vittima.

§. 404.

Questa considerazione porta ad imputare maggiormente il delitto mancato. Ma fu spinta da alcuni sino al punto di desumerne la uguaglianza della

Digitized by Google

sua imputazione col delitto perfetto. Questo per altro è un errore; perchè vuole giustizia che come il fortuito (che rese più grave l'evento) spesso aggrava la sorte di un giudicabile, così si tenga conto a di lui favore del fortuito che impedì l'evento a cui egli tendeva. D'altronde il pubblico spavento è sempre minore dove non è a piangersi la morte della vittima del malefizio. Il danno immediato dell'omicidio non vi è; e la sua totale assenza non può restare senza peso appo la giustizia. Esige infine la politica che una differenza (1) nella repressione serva di freno all'autore del delitto mancato, per dissuaderlo dal *rinnovamento* degli atti criminosi, del quale potrebbe spesso avere facile occasione nell'istante medesimo.

(1) Ai sostenitori della regola della disparità nella pena così nel tentativo come nel delitto mancato, si è aggiunto di nuovo Berner (*Lehrbuch des deutschen strafrechts, Leipzig* 1866, §. 134; *e nota* 2, *pag.* 224) il quale la sostiene tanto per ragioni di giustizia quanto per ragioni di politica, quanto per l'argomento già in largo svolto dal nostro Nicolini, che nella maggior parte dei casi la deficienza dello evento sinistro è sempre più o meno attribuibile ad una indecisione della volontà.

§. 405.

Ma non a caso si dice — *tutti gli atti* necessarii *al delitto*. Esiste differenza fra l'avere eseguito *tutti gli atti necessarii*, e l'avere eseguito *tutti gli atti che il delinquente aveva disegnato*. Queste due formule talvolta si unificheranno, per mera acciden-

Digitized by Google

talità, nel caso concreto. Ma possono anche non unificarsi; ed allora il delitto mancato sparisce se non trova applicazione la prima formula, quantunque la trovi la seconda.

§. 406.

Gli atti *necessarii* a produrre un effetto sono definiti dalle leggi naturali sui rapporti delle cose. L'uomo può scoprire cotesti rapporti, ma non *crearli*, o distruggerli. E se con la vanità della sua immaginazione si figura di produrre un effetto con atti ai quali la natura loro ha negato cotesta potenza; egli dà opera ad un' azione che è scevra di ogni *pericolo*, e che per conseguenza non può essere causa di ragionato timore nei cittadini (1).

(1) È interessante ricongiungere a questo punto della teorica il riassunto che ne faccio alla nota seconda a §. 1272, e ciò che posteriormente ho scritto nei miei *Pensieri sul Codice Penale cap.* 2, *Firenze* 1874, *pag.* 23.

§. 407.

La *inidoneità* degli atti è per conseguenza distruttiva del *delitto mancato*, a qualunque momento sia intervenuta. Potrà nei congrui casi rimanere un tentativo, se una serie di atti idonei intervenne che fosse valevole a costituirlo: ma il *delitto mancato* non vi si può ravvisare, quantunque l' agente abbia esaurito tutta la serie dei momenti che costituivano l' azione da lui disegnata; ed abbia così eseguito anche l' ultimo atto, che nel suo erroneo concetto doveva esaurire la consumazione.

Digitized by Google

§. 408.

Si immagini, per esempio, che taluno con un archibugio carico a piombo minuto vada in cerca del suo nemico per ucciderlo; e raggiuntolo gli diriga contro l' arma. Abbiamo fino a questo momento un tentativo. Se a costui fosse arrestato il braccio, ei sarebbe responsabile di *tentativo prossimo* di omicidio. Costui però non fu fermato; ed esplose: ma ignaro dell' uso dell' arme, attese ad esplodere quando il nemico già si era dilungato per duecento e più passi da lui. Ecco, egli ha consumato l' *ultimo* atto del *suo disegno;* ma non per questo egli può dirsi colpevole di omicidio mancato, quando siasi certi che con quel piombo, ed a quella distanza, era *impossibile* per legge fisica uccidere.

§. 409.

Quel colpo lanciato al vento è un atto insano, che non può noverarsi nella somma delle azioni *pericolose,* di cui si chiede conto al loro autore. In quello non fu che una *intenzione* prava: l' assenza sì del *danno* come del *pericolo,* lo rese spoglio della *forza fisica,* indispensabile ad ogni atto delittuoso. Tutti gli atti *disegnati* furono eseguiti; tutti gli atti *necessarii* no. Quell' atto ultimo in cui non era potenza di uccidere, non può dirsi *atto di consumazione;* è un atto consumativo *immaginario:* nei sogni dell' agente figurò come *atto consumativo,* ma nella *realtà* delle cose non lo era, per la perentoria ragione che *non poteva* consumare l' omicidio. La giustizia pe-

Digitized by Google

nale non colpisce le fantasie nè i desiderii; ma gli atti esterni che furono cagione o di *danno*, o di *pericolo* vero ed effettivo.

§. 410.

Se la inidoneità fu solo nell' ultimo atto che rese vani tutti gli altri, quest' atto è giuridicamente come non esistente; perchè privo della *forza fisica* delittuosa. Dunque l' azione difetta di uno dei suoi momenti: dunque non vi è *delitto mancato*. Se il delitto mancato deve essere un delitto completo *soggettivamente*, e soltanto imperfetto *oggettivamente*, egli è bene necessario che presenti completa la *soggettività ontologica* anche nello elemento materiale e non la sola *soggettività psicologica*. Lo avere l' agente perseverato nel malvagio volere fino all' estremo rende perfetta la soggettività *psicologica*, ma gli atti (od anche un solo di loro) che manchino di potenza lasciano incompleta la *soggettività ontologica*, la quale per essere completa deve avere esaurito tutti i suoi momenti così morali come fisici; e così il malefizio non può più dirsi *soggettivamente* perfetto.

§. 411.

Rimane però il precedente tentativo, che si costituiva di una serie di atti rappresentanti un pericolo. La inesperienza del colpevole che tardò ad esplodere finchè si fosse allontanata la vittima tanto da non più potere essere offesa, rappresenta la causa fisica fortuita che fece restare imperfetto il delitto;

Digitized by Google

ma non può distruggere i fatti precedenti, nè cancellare la imputazione già incorsa coi medesimi. E la dico *causa fisica fortuita*, ossia *casuale* (§. 386) quantunque la tarda esplosione si facesse in quella guisa per volontà libera dell' agente; perchè la sua volontà non dirigevasi a non uccidere, ma anche in quel momento ad uccidere: e così fu fortunoso l' errore di giudizio che fece intervenire la *causa fisica* della aumentata distanza ad impedire la strage. È un equivoco il credere che la esplosione pazza ed impotente per natura, renda inaccettabile la idea del tentativo. Questo pensiero nasce dall' osservare che gli atti non sono stati interrotti. Si dice che a colui che esplose non restava *niente* a fare, e quindi si afferma che nella sua azione non può più essere *tentativo*. Ma non si riflette con ciò che l' atto ultimo, fatto *inutilmente, è* come *non fatto:* è *giuridicamente* nullo. Onde il tentativo resta pei fatti precedenti, se in loro ne avevano i caratteri. Non è vero che a costui non restasse *niente a fare:* sì, gli restava ad esplodere l' arma *in modo* da colpire, e questo non fece. E la ragione di *non avere cioè fatto* opera il duplice effetto giuridico, di lasciare sussistente nella somma degli atti eseguiti la figura del tentativo (1) e di escludere dalla somma di tutti quelli atti la figura dell' omicidio mancato.

(1) Conseguenza di ciò si è doversi considerare come erronea la condizione dello *interrompimento* della azione, che alcuni per mero equivoco vollero considerare come essenziale costituente la delimitazione fra conato e delitto mancato, asseverando che quando l' azione erasi eseguita in tutta la sua linea dallo agente, non più potesse adattarvisi la no-

Digitized by Google

zione del *conato*. Questo è un errore, perchè, quando uno degli atti, quantunque *astrattamente* idoneo, fu però *insufficiente* per natura sua, ancorchè questo come tutti gli altri diseguati sia eseguito, rimane sempre un mero conato e non si trasforma in delitto mancato perchè tutti gli atti *necessari* non furono eseguiti. A dir questo è indispensabile che tutti gli atti siano *sufficienti*, nè basta che lo agente abbia fatto senza essere *interrotto* tutto quello che *voleva fare*, quando in questo tutto mancava qualche cosa che *era necessario* a produrre lo evento. Si vedano i miei *Pensieri sul Progetto di Codice Penale* al *cap.* 3.

§. 412.

Merita peraltro inevitabile censura l' aggiunta che in alcuni codici si fece alla definizione del delitto mancato mercè la formula *per parte sua (eseguito per parte sua tutti gli atti)*. Nei casi ordinarii tale addizione non porterà cambiamento. Ma vi sono molte forme di reato, come (a modo di esempio) il veneficio (§. 1178) che spesso si consumano da persone innocenti, le quali divengono strumenti del malvagio. Quando gli atti consumativi dovevano eseguirsi da tali persone, al malvagio che tutto avea predisposto *nulla rimaneva a fare per parte sua:* dunque avendo per parte sua tutto fatto si verrebbe, mercè quella formula viziosa, a trovare un delitto mancato in atti che sono lunga pezza distanti dallo incominciamento dei consumativi, e che talvolta possono anche guardarsi come meramente preparatorii; lo che è un assurdo (1).

(1) Uguale assurdo s' incontra nei reati la esecuzione dei quali è affidata per iniquo concerto a diverse mani. Tizio

Digitized by Google

vuole uccidere il suo nemico ed ha divisato di colpirlo nel sonno mentre giace nel suo letto. Non vi è mezzo di penetrare notturnamente colà tranne con lo insalire da una finestra, ma Tizio è troppo grave della persona per cimentarsi a quella scalata. Egli si accorda con Cajo agile della persona, e questi soverchia il balcone, discende all' uscio di strada, lo rende aperto, affinchè Tizio possa introdursi a svenare il nemico; e di là si allontana. Tizio cautamente ascende le scale, giunge alla camera del nemico, ma lo trova desto e pronto alle difese, ed è costretto a fuggire. Evidentemente Tizio non sarà colpevole che di omicidio *tentato*, perchè non ancora aveva vibrato il pugnale nel corpo del nemico. Ma Cajo aveva per *parte sua* consumato *tutti quegli atti* che egli doveva compiere nel dramma criminoso. Se l' omicidio mancato si definisce con la formula *per parte sua* bisognerà dire che Cajo è responsabile di omicidio *mancato*, perchè *a lui* niente *restava a fare* di tutti gli atti esecutivi *per parte sua* nel delitto. Cajo responsabile di omicidio *mancato*, mentre Tizio non è responsabile che di omicidio *tentato*, presenta un assurdo repugnante al senso morale e giuridico. La cosa è tanto manifesta che sorprende come il codice Napoletano del 1819 stabilisse il criterio dell' omicidio mancato nella formula *per parte sua*, e come siavi tuttora chi vagheggia quella formula cotanto erronea e pericolosa. Il criterio del delitto mancato deve desumersi dalle condizioni ontologiche del fatto guardato impersonalmente e in sè stesso, senza nessun riguardo alla diversità degl' individui chiamati per la forma speciale del disegno ad esaurire quelle condizioni.

§. 413.

È conseguenza logicamente indeclinabile di tali principii, che a costituire la *essenza di fatto* del *delitto mancato* si esiga l' *attitudine dei mezzi* con tutta la più rigorosa esattezza; e se ne istituisca la

Digitized by Google

ricerca con più positivo criterio, di quello si faccia nel tentativo. Laonde ad escludere il *delitto mancato* può bastare la *inidoneità* meramente *relativa*, purchè si connetta al disegno dell' agente (§. 423). E in ciò consiste una differenza fra il modo di essere del delitto mancato e del conato; pel quale vedemmo (§. 362) non bastare la inidoneità *relativa* ad escluderlo. Sebbenè i mezzi adoperati non fossero *assolutamente* incapaci, cioè *subiettivamente*, pure se lo erano a cagione del loro *rapporto* con quel soggetto passivo, o con quell' ordine di esecuzione che prescelse il colpevole, e cioè *obiettivamente*, tanto basta perchè la *mancanza* dell' evento discenda dalla *volontà* dell' agente che scelse quell' ordine di esecuzione; e dal *modo di agire* di lui, nel quale (stante la *inettitudine relativa*) era insita per legge inalterabile della sua natura la mancanza di risultato.

§. 414.

L' attitudine perciò non basta che sia *meramente possibile:* ma bisogna che il *mezzo* scelto e l' *evento* che si vuol dire *mancato*, stiano tra loro nel rapporto di *causa* ad *effetto* nel *corso ordinario* dei fatti. È possibile che un atleta con un pugno uccida un uomo. Se io (ammettasi pure con animo deliberato ad uccidere) ammeno un pugno al mio nemico e gli reco una semplice contusione, avremo l' *elemento intenzionale* del delitto mancato, perchè la truce intenzione perseverò fino all' estremo momento della esecuzione del pravo disegno; ma non ne avremo l' *elemento materiale:* e sarà errore ap-

Digitized by Google

plicare cotesto titolo. Era nel pugno la *possibilità* di uccidere; ma nel *corso ordinario* dei fatti i pugni non uccidono. Dunque se al mio colpo non susseguì la morte voluta, fu per cagione del *mezzo stesso* da me scelto. Il mio disegno era un volo pindarico, che aveva in sè stesso la causa del suo fallire. Non vi è *delitto mancato,* perchè non fu uno *straordinario fortuito* quello che impedì la uccisione, ma l' ordinario rapporto delle forze materiali che il delinquente aveva posto in movimento. Vi è una *intenzione* feroce. Ma le intenzioni non hanno valore appo la giustizia penale, se non in quanto sono accompagnate da un danno effettivo o da pericolo *reale.* Da ciò dipende anche il danno mediato, che tanto influisce sulla politica imputabilità (1).

(1) Sta in questo la notabile differenza che in ordine agli effetti giuridici della inidoneità degli atti intercede fra il *tentativo* ed il delitto *mancato.* Ad escludere il delitto mancato basta la sola ***insufficienza relativa,*** mentre essa non basta ad escludere il tentativo ma vi occorre la *inidoneità assoluta.* Laonde un altro gravissimo errore si figgono in capo coloro che il criterio distintivo del tentativo vogliono trovare in questo; che gli atti esecutivi *siano stati interrotti:* se non vi fu interruzione e lo agente eseguì fino allo estremo il suo disegno (dicono essi) non vi è più tentativo perchè l'azione non fu arrestata. Questo non è vero. Quando lo agente intendeva consumare un reato con atti che in altre condizioni lo avrebbero condotto a raggiungere il suo fine, ma che nelle speciali condizioni del caso erano *insufficienti* a raggiungerlo, esso potrà farli tutti senza interruzione e resterà sempre responsabile di *tentativo,* perchè se non fu impedito nessuno dei suoi atti, fu però impedito per cagioni inerenti agli atti medesimi lo evento voluto, e così rimane

Digitized by Google

il tentativo punibile quando gli atti medesimi (benchè insufficienti nel caso concreto) avevano però in astratto la desiderata potenza, e ripetendosi tali quali a danno di altri con mutate circostanze o sopra diverso soggetto passivo contenevano un pericolo. È falso dunque che questi atti non possano punirsi come conato, e che sia necessità ravvisarvi il delitto mancato, mentre ad escludere questo basta ricordare che non ha fatto *tutto il necessario* chi ha fatto una serie di atti *insufficienti per natura loro* a raggiungere il pravo fine. È una idea preconcetta falsissima quella di subordinare la punibilità del tentativo alla *interruzione soggettiva*. Tanto vale non avere eseguito un atto, tanto vale averlo eseguito in modo che gli toglieva la potenza di raggiungere il fine, come ho già avvertito alla nota del §. 412.

§. 415.

È perciò che nella definizione del delitto mancato si soggiunge — *non susseguito dall' effetto voluto, per cagioni indipendenti dalla volontà e dal modo di agire del colpevole.*

§. 416.

Dire — *dalla volontà* — sembra a prima giunta superfluo, perchè se l' evento mancò per volontà dello stesso agente, è così incivile la idea di aumentare la sua responsabilità in ragione di un fatto che egli avrebbe *diretto ad impedire* il delitto, da non meritare neppure di essere notata.

§. 417.

Ma la indicazione della *volontà* si ricongiunge con la indicazione del *modo di agire* del colpevole;

Digitized by Google

appunto perchè quel modo di agire fu *voluto* da lui, e così fu voluta da lui la causa, benchè senza previsione del non successo. Oltre a ciò la formula che per potere obiettare il delitto mancato occorra che il non successo sia dipeso da cause *indipendenti* affatto dalla volontà dell' agente, ha un' altra importanza applicativa. Possono essere stati dal colpevole eseguiti tutti gli atti necessarii a consumare la offesa da lui voluta e condotta a termine con perseverante malvagità di volere e con idoneità continuata fino all' ultimo, ma il fatto poteva essere di tale natura da ammettere la utilità di un pronto riparo; e può il delinquente per un salutare pentimento avere egli medesimo procacciato cotesto sollecito riparo che ha distrutto la nocuità del fatto ed impedito l' evento finale. Fu gettato il nemico in mare, gli fu dato veleno mortifero: tutto era fatto, e con tali condizioni che la morte di quell' infelice sarebbe stata dopo brevi minuti l' effetto necessario. Ma il colpevole si pentì, si gettò alla riscossa, o corse a porgere un contravveleno, e salvò la vittima. In tale ipotesi il delitto mancato, per il rigore dei principii ontologici, ricorrerebbe completo; e resterebbe tale se il salvamento fosse derivato da mero fortuito od opera di terzi. Ma quando derivò dal pentimento utile dello stesso reo, i fatti posteriori potrebbero valutarsi come attenuante ma non distruggere la nozione del delitto mancato già sorta completa. Pure vuole politica che si faciliti il pentimento dei traviati; e perciò nella nozione *giuridica* del delitto mancato si ammette che in simile ipotesi questo non si riconosca, sebbene per la sua nozione *ontologica* dovesse dirsi esistere. Ecco il

Digitized by Google

notabile effetto del richiamo fatto nella definizione alla volontà dell' agente.

§. 418.

La riserva del *modo di agire* è necessaria a mantenersi nella nozione del delitto mancato, precisamente perchè il *modo di agire* fu effetto di volontà dell' agente: e se in cotesto modo di agire da lui scelto stette la causa stessa che frastornò l' evento, la opera sua nacque senza quelle condizioni di pericolo perseverante fino all' estremo, sul quale si appoggia la imputazione ed il titolo speciale del *delitto mancato*.

§. 419.

Quando pertanto la causa che impedì la violazione della legge fu insita al disegno e al *fatto stesso* dell' autore, sarebbe repugnante ai principii della scienza il tenerlo responsabile di tutti i momenti dell' azione, e così portargli a carico anche quello fra tali momenti dal quale provenne la salvezza della vittima. Fu, è vero, perseverante il malvagio volere, ma non fu completa l' azione delittuosa nei suoi rapporti ontologici col resultato a cui la medesima si dirigeva.

§. 420.

Ciò è intuitivo quando l' ostacolo provenne dal *soggetto attivo secondario* del delitto; cioè dai mezzi o strumenti adoperati dal reo: e questa regola

Digitized by Google

è vera malgrado le critiche dirette contro la medesima (1).

(1) Si è detto che adottata la condizione della *indipendenza dal modo di agire* non vi sarà più una ipotesi possibile di delitto mancato in certe forme di tentato omicidio, per esempio in quello che si tentò con la esplosione di un' arme da fuoco. Si dirà sempre che sebbene l' arma fosse ben carica ed esploda a breve distanza, se la vittima non fu colpita o lo fu in parte non vitale del corpo, la salvezza della vittima derivò dal *modo di agire* del colpevole perchè non bene aggiustò la mira, e così non tirò diritto al segno che voleva colpire: per tal guisa (si soggiunge) viene ad escludersi la possibilità di obiettare l' omicidio mancato in tutte le esplosioni *contra hominem* quantunque accompagnate da attitudine e da perseverante intenzione micidiale. Questa obiezione parve a molti gravissima, e li condusse a respingere quella condizione. Ma la obiezione stessa è figlia di un equivoco e di un male inteso. È debito dell' accusa di provare tutti gli estremi del proprio assunto. Essa sostiene che quella esplosione costituisce un omicidio mancato; dunque deve render certo, oltre la perseverante intenzione micidiale, anche lo esaurimento di tutti gli *atti necessarii* a raggiungere il fine; e poichè a colpire mediante esplosione di archibugio nel corso ordinario dei fatti è necessario prendere (come suol dirsi) la mira, così è suo debito di provare non solo che il colpevole esplose l' arme, ma che di più egli fece questo atto. Se manca la prova dello aver mirato, la serie degli atti esecutivi è incompleta in uno dei suoi più interessanti momenti: il colpevole *non fece tutto quanto era necessario a raggiungere il fine se* non portò il fucile alla spalla o la pistola al livello dei suoi occhi. Egli esplose quell' arma a caso, la esecuzione soggettiva fu deficiente in uno dei suoi momenti fisici, e se il reo non colpì ciò fu conseguenza di tale omissione: si avrà un tentativo punibile dedotto all' atto prossimo; non un delitto

Digitized by Google

mancato, perchè lo agente *non fece tutto* il necessario per il suo fine; ed il non aver fatto tutto derivò da una imprudenza e da una indeterminazione della sua volontà, mentre egli sarebbe stato libero padrone di mirare se lo avesse voluto. Ma quando al contrario l'accusa prova che il micidiale portò l'archibugio alla spalla, o la pistola al livello degli occhi, e che (per dirlo in una parola) prese la mira, lo agente ha fatto tutto. Se egli non ha colpito malgrado la usata diligenza, ciò è derivato o da una oscillazione dei suoi nervi, o da una deviazione del projettile, o da un movimento che abbia fatto la vittima; e tutto questo è un fortuito indipendente dalla volontà e dal modo di agire del colpevole, e rimane la nozione del delitto mancato. Ecco come si deve intendere questa regola subordinatamente al principio cardinale che il delitto mancato deve essere un delitto *subiettivamente completo*. Se la regola si vuole intendere diversamente e portarla all'assurdo, ciò è colpa di chi male la intende, e non fa vacillare la regola. Tutte le massime le più certe della scienza possono portarsi all'assurdo con una erronea applicazione; e se si tenesse dietro alle deduzioni sofistiche che possono farsene non vi sarebbe più alcuna verità scientifica: di tutto si può abusare con lo artificio di un falso ragionamento.

§. 421.

Quando però l'ostacolo provenne da condizioni speciali del *soggetto passivo*, per le quali i mezzi adoperati riuscirono vani a cagione del loro rapporto fra questi e quello, bisogna distinguere.

§. 422.

O tali ostacoli erano sconosciuti all'agente (per esempio l'impedimento provenne da una maglia di

Digitized by Google

acciajo che il nemico portava sulle carni) ed allora in questi ostacoli stessi si configura il *fortuito* che frastornò l' evento; e si avrà il *delitto mancato*. Non potè la volontà dell' agente portarsi su cosa incognita; cotesto ostacolo da lui imprevisto è estraneo al suo modo di agire. È il vero caso in cui l' impedimento è tutto indipendente dal soggetto attivo.

§. 423.

O quell' ostacolo era *precognito* all' agente, ed egli credeva di superarlo con i mezzi usati; ma i mezzi usati erano per legge di natura loro impotenti a superarlo: ed allora non si ha *delitto mancato*. Era, a modo di esempio, il nemico difeso dietro un riparo: ed il colpevole esplose l' archibugio con piena risoluzione di uccidere, pensando che la palla traforasse il riparo mentre ciò era fisicamente impossibile. La volontà dell' agente si portò su cotesto impedimento poichè lo conobbe, e benchè lo conoscesse non usò i mezzi valevoli ad eluderlo; scelse un modo per vincerlo che era a ciò affatto impotente. Il rapporto tra l' impedimento ed i mezzi usati entrò nel disegno del colpevole: e questo disegno, tale quale fu concepito ed eseguito, fu scevro affatto di *pericolo*. Un' azione siffatta, ove cento volte si ripetesse, non potrebbe mai nuocere: il *delitto mancato* non vi è. Mancò l' evento pel *modo di agire* del reo; mancò perchè *tutti* gli atti *necessarii* a procacciarlo *non furono* eseguiti.

Digitized by Google

§, 424.

Riassumendo tutta la teorica del tentativo e del delitto mancato nella più semplice formula, abbiamo questa conclusione. Essenziali al conato perchè possa imputarsi come delitto, sono la *intenzione* ed il *pericolo*. L' autorità non può senza tirannide minacciare politica imputabilità ove uno di questi elementi difetta. Il magistrato non può, senza abuso di potere, civilmente imputare un fatto ove sia stata deficienza dell' uno e dell' altro elemento; nè, senza imperdonabile aberrazione, supplire alla deficienza di un elemento con l' altro. I due elementi debbono essere posti in sodo ciascuno di per sè: andrebbe a ritroso dei precetti logici e giuridici chi credesse che il grave pericolo del fatto supplisse alla intenzione dell' agente; o che la malvagia intenzione supplisse al pericolo che non era nel fatto. Quanto poi al delitto mancato è *essenziale* inoltre la esecuzione di tutti gli atti che erano ontologicamente *necessarii* a convertire il pericolo nel danno effettivo: è *essenziale* che siffatta esecuzione siasi condotta fino allo estremo con perseverante volontà sempre diretta al più grave fine: ed è conseguentemente *essenziale* che il mancato evento sia *unicamente* attribuibile ad un *fortuito*.

§. 425.

Del resto per ciò che attiene alla misura della imputazione, il delitto mancato deve rappresentare una media proporzionale fra il tentativo prossimo

Digitized by Google

e il delitto perfetto. Noi non accettiamo la dottrina che vorrebbe parificare nella pena il delitto mancato al consumato; benchè adottata da alcuni codici, e benchè abbracciata da Romagnosi, sostenuta da Chauveau, ed anche recentemente difesa con calore da Bernard (1), e da altri rispettabili giureconsulti.

(1) *Revue critique de législation vol.* 20, *pag.* 466: articolo che Bernard indirizzò ai legislatori del nuovo regno d' Italia. Ma la dottrina della parificazione ebbe sempre poca fortuna in Italia: Gabbriello *cons.* 170, *n.* 1 — Riminaldo *cons.* 327, *n.* 11 — Silvano *cons.* 43, *num.* 20, *lib.* 1 — Grammatico *decis.* 2, *et decis.* 74 — Ciazzi *disc.* 26. *num.* 97; il quale fa proprio il caso del nostro delitto mancato, ed insegna doversi irrogare una pena minore *quamvis sit deventum ad actum proximum veluti ad exonerationem archibusii.* Il Passerino (nel suo trattato *de occidente unum pro alio, pag.* 222, *Parmae* 1693) dice che per la consuetudine universale di tutta Italia accolta in gran parte di Europa, il conato, anche prossimo, dell' omicidio e condotto fino all' estremo momento di azione, deve punirsi meno del delitto cosumato; *eadem lege punitur sed non eadem poena.* È singolare la velleità di alcuni scrittori francesi contemporanei, i quali non contenti di serbare cara per la Francia la tradizione severa della parificazione del tentativo al consumato delitto nella pena, pretendono ancora assumere un apostolato di sangue, e richiamare i nuovi legislatori italiani a desertare le glorie delle loro consuetudini ed a francesizzarsi anche in questo. Affè di Dio sarebbe un bel progresso!! Ma in Francia si rispettano ancora e si allegano le tradizioni dei Capitolari di Carlo Magno, dove al *cap.* 10, *lib.* 7, si legge — *qui hominem voluerit occidere, et perpetrare non potuerit, homicida est.* Per il più ampio

Digitized by Google

sviluppo di questa materia si vedano le mie lezioni *sul grado nella forza fisica del delitto (Opuscoli vol.1, opusc. 9)*.

Articolo II.

Della complicità.

§. 426.

In un delitto possono prender parte parecchie persone. Giustizia vuole che tutte siano chiamate a rendere conto della parte presa nella infrazione della legge; ma vuole altresì che ciascuno ne risponda proporzionalmente alla *influenza* (1) che ha esercitato sulla infrazione. Di qui la importanza della dottrina della *complicità*.

(1) Nel concetto di questa parola sta tutto il nodo della teorica della complicità. Si può *prendere parte* in un fatto criminoso senza che in modo alcuno se ne sia stati *causa*. Ora una setta di criminalisti sulle orme di Bartolo vollero ravvisare complicità in chiunque aveva *partecipato* alla azione criminosa. Ma i migliori sulle orme di Baldo, di Ruino, e dei più famigerati Dottori, seguendo la verità ontologica, non riconobbero complicità se non in quei fatti che in *qualche maniera* avevano cagionato il delitto. A queste due formule risale la divergenza che svolgesi praticamente con grande interesse nelle questioni della complicità *posteriore*, della *ricettazione*, della *non rivelazione*, e simili. Lo influsso funesto della prima formula condusse i suoi seguaci fino al punto che Surdo e Mantica stoltamente dissero complice dell' autore di un delitto chi lo aveva dopo la consumazione del medesimo consigliato alla fuga.

Digitized by Google

§. 427.

L' *autore* principale del delitto è colui che eseguì l' *atto consumativo* della infrazione. Coloro che agli *atti consumativi* presero parte, sono o *coautori* o *correi;* ma tutti delinquenti *principali.* Tutti gli altri che parteciparono o al disegno criminoso, o agli altri atti, ma non a quelli della *consumazione,* sono delinquenti *accessorii,* o complici in lato senso.

§. 428.

La filosofia, che ha per oggetto enti puramente *ideologici,* può bene ravvisare un *autore psicologico* in colui che concepita una idea seppe ordinarla a completo disegno. Ma la scienza penale, che ha per oggetto i soli atti esterni, e dei pensieri non si occupa se non per indagare le cagioni di quelli, non può parificare l' autore di una *idea* all' autore di un *fatto.* Il delitto per lei è un *ente giuridico,* che risultando dalla contradizione tra un *fattto* e la *legge,* non ha vita se non è materialmente offesa la legge con un *fatto:* e l' *autore* di questo *fatto* è soltanto colui che *materialmente* (1) lo consumò.

(1) Dicendo che l' *autore* del delitto è colui che *materialmente* lo eseguisce si presuppone per necessaria deduzione dei principii fondamentali che nell' autore materiale ricorra la *criminosità:* vale a dire che egli operi come essere moralmente libero, e così con responsabilità del fatto suo. Se l' autore materiale era un pazzo, un infante, un coatto, o vittima di errore, sicchè egli non sia imputabile,

Digitized by Google

in lui si rappresenta non più *un ayente*, ma uno strumento cieco e puramente passivo della volontà prava di colui che lo mise in moto: l' essere morale in costui sparisce, e non resta che la materia agita dall' altro. E come non può dirsi autore dell' omicidio il sasso che uccise, così non è autore dell' omicidio il pazzo o il coatto che lo consumò come cieco o passivo strumento del malvagio che lo spinse all' atto. L' autore è colui che con la mano lanciò il sasso, colui che con le arti proprie spinse l' infante o il mentecatto ad uccidere. Quando il fatto materiale non può riferirsi come a sua causa morale immediata alla volontà libera ed intelligente di chi lo eseguisce, non è fatto di questo: costui è la lunga mano di chi volle il delitto, e del suo braccio si valse come puro materiale strumento. Questi allora sta bene che chiamisi *autore* del fatto.

§. 429.

Chi lo ideò e ad altri ne commise la esecuzione, è *l' autore della idea*, non della *offesa alla legge*. Il giure penale ravviserà in costui una *causa* del fatto; e chiamandolo *primo motore* del delitto, lo perseguiterà con rigore anche, se vuolsi, uguale a quello che spiega contro chi lo eseguì. Ma tra l' essere *causa*, o *motore* di un fatto, e l' esserne *autore* (1) vi è differenza essenziale. Può alcuno aver concepito il disegno di un quadro nelle più minute sue parti; può altri avere con denaro indotto il pittore a porre in tela cotesto disegno. Questi due saranno respettivamente *cause* del nascimento del quadro, e potranno averne anche un merito; ma l' *autore* è colui che col pennello gli diede esistenza.

(1) La foggia di chiamare *autore* del delitto lo istigatore venne più recentemente rejetta dal dottissimo Berner nei

Digitized by Google

suoi *elementi di diritto penale lib.* 3, §. 109, *nota* 4, *Leipzig* 1871 osservando che il delitto essendo un fatto esterno vale la regola che per essere autori di un fatto è necessario esserne causa esterna; limitando la regola soltanto nel caso di irresponsabilità dello esecutore: e allega come conforme il *Manuale* di Luden *vol.* 1, *pag.* 455.

§. 430.

Dire *autore* del delitto chi lo ideò, è una finzione, una figura rettorica. Ma una scienza positiva come la nostra deve bandire le metafore dal suo linguaggio. Le scuole criminali erano d'accordo nel distinguere i *motores criminis* dagli *authores criminis* (1). Pare che fosse Tittman il primo che riunì gli uni e gli altri sotto una stessa denominazione. Onde poi gli Alemanni entrambo li espressero col solo vocabolo *urheber*, al quale troviamo appunto nei lessici corrispondere la doppia significazione di *autore*, e *primo motore*. Ma neppure tutta la scuola germanica assentì a tale denominazione. Mittermaier (*Nuovo archivio del diritto criminale vol. 3, pag. 125, Halle 1819*) sostenne doversi con diverso nome distinguere nella scienza l'*autore (thäter)* ed il *motore (urheber)*; e dall'uno e dall'altro distinguere l'*ausiliatore* e il *fautore*, che troveremo fra poco.

(1) Eisenhart *de criminum sociis* §. 8 *in ejus opuscula opusc.* 4, *Italiae prope Salam* 1771 — Kessenich *de sociis in crimine, Ruraemundae* 1846 — Mommaerts *de criminum fautoribus pag.* 8-10, *Lovanii* 1827. Il Gaertner allargò tanto il significato della parola *autore*, che

Digitized by Google

immaginando un fratello che con letture oscene avesse corrotto l'animo del fratello minore, disse che quello dovesse dirsi *autore* dello stupro da questi commesso, *quia efficientem causam corruptelae fraterculi praebuit; diss. finium culpae, Berolini* 1836, *pag.* 36. Queste sono le aberrazioni a cui si trova condotto chi cerca le definizioni scientifiche non nella realtà della cosa, ma nei concetti fantastici, nelle analogie o nelle figure rettoriche! Il mostro del Venosino potè da lui venir descritto a sua posta, perchè era egli che lo creava: ma ciò *che è* non può definirsi che tale quale *esso è*, e non altrimenti. Sulla materia della complicità possono consultarsi come specialisti, Coccejo *exercit. curiosae vol.* 2, *diss.* 30 *de socio criminis* — Moorrees *de sociis delicti, Utrecht* 1824 — Besier *de sociis delinquendi, Utrecht* 1852 — Luden *de socio delicti generali et speciali, Jenae* 1845 — Brotze *de poena ejus qui ex mandato deliquit, Vitemberga* 1796 — Casse *de auctoribus delictorum psycologicis, Hauniae* 1835 — Glaser *opuscoli vol.* 1, *opusc.* 5 — Foursac *de la complicité, Toulose* 1875.

§. 431.

Il delitto si compone di due elementi — elemento *fisico* (moto del corpo, atti esterni) senza del quale la infrazione della legge non è possibile — elemento *morale* (disegno criminoso, intenzione) senza di cui la materiale violazione del diritto è un accidentale infortunio. Ora la partecipazione dei più individui può essere avvenuta in uno solo di questi elementi, o in ambedue. Di qui sorge spontanea la partizione di questa teorica, secondochè si considera — o un concorso di *azione* senza concorso di *volontà* — o un concorso di *volontà* senza concorso di *azione* — o un concorso cumulativo di *azione* e di *volontà*.

Digitized by Google

1.°

Concorso di azione *senza concorso di* volontà.

§. 432.

Questo primo caso si configura tutte le volte che avvenga ad alcuno di coadiuvare altri in un delitto, senza saperlo e volerlo. Il corpo di costui ha concorso efficientemente alla forza *fisica* del delitto: ma non vi ha concorso l'animo: non ha concorso alla sua forza *morale*. Manca la *intenzione* di violare la legge: e rimpetto a lui l'azione, benchè materialmente offensiva della legge, non è imputabile.

§. 433.

Ciò può avvenire in quattro modi distintissimi tra di loro, che variano secondo la diversa forma che assunse la intenzione di chi cooperava al delitto senza pensare a cooperarvi. Il risultato è però sempre identico in rapporto alla non imputabilità di costui.

§. 434.

1.° Potè avere costui una *intenzione innocentemente distinta:* quando egli credette dare opera a cosa tutta lecita, mentre in realtà un malvagio di cotesta opera sua traeva profitto per violare la legge (1).

(1) Positiva è la sentenza *voluntas non fertur in incognita*. Se per essere responsabile di una violazione dei di-

Digitized by Google

ritti altrui bisogna averla *voluta*, è indispensabile che siasi ancora *preconosciuta*. La precognizione può cadere sulla *colpevolezza dello agente* e sulle *circostanze* aggravanti il delitto: e può cadere soltanto sulle *circostanze*. Nel primo caso si sviluppa la intenzione *innocentemente distinta;* nel secondo la intenzione *colpevolmente distinta*. Nel primo caso la regola della irresponsabilità è rispettata anche in Francia: Morin *art.* 9255. Ma dessa è iniquamente violata in Francia tutte le volte che quelle leggi o quella giurisprudenza pongono a carico del complice anche le circostanze aggravanti che questi non aveva conosciute. Maggiore iniquità non può escogitarsi. E il dire che se colui si *associò nel delitto noi dobbiamo associarlo nella pena*, non è una *ragione* giuridica. È uno di quei motti o giuochi di parole che ad ogni occasione hanno tanta influenza sopra i Francesi. È un asserire ciò che si fa, senza dimostrare che ciò che si fa è *giusto*.

§. 435.

2.° Potè avere una *intenzione criminosamente distinta* (1): quando Cajo credette aiutare Tizio a commettere un delitto più lieve; mentre questi con l'aiuto di lui *dolosamente* consumò in realtà un delitto più grave, che Cajo non prevedeva nè voleva. In quel delitto ulteriore Cajo ha partecipato col corpo, ma non con l'animo: Eisenhart *de criminum sociis* §. 28; e Hoorebeke *de la complicité pag 328, Gand 1846*. Canone da non dimenticarsi mai nella teoria della complicità è il seguente — *il fatto materiale può essere comunicabile* fra più partecipi: la *intenzione* non è mai *comunicabile* da individuo a individuo. Questa configurazione della intenzione *criminosamente distinta* non è una idea nuova; nè nuova è la regola che ne

Digitized by Google

deduco. Essa fu considerata dai romani giureconsulti: e risoluto il problema con la regola della *non complicità*. Vedasi la *leg. 53 ff. de furtis;* ove Paolo immagina il caso di uno che *injuriae causa* atterrò una porta, per la quale altri si introdusse a rubare: e dice che *non tenetur furti,* perchè *maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguunt:* lo che si ripete da Ulpiano alla *leg. 39 ff. eod.;* sulla quale può vedersi Suarez nel commentario *ad l. Aquiliam; in* Meermann *thesaur. vol. 2, pag. 115, n. 15, Hagae Comitis 1751.* L' errore di contentarsi della efficienza *materiale* per costituirne la complicità, senza curare la certezza della coefficienza *intenzionale,* non è sostenibile teoricamente, nè da alcuno osa sostenersi: soltanto vi si cade talvolta nella pratica.

(1) La formula della *intenzione criminosamente distinta,* strettamente coerente ai principj fondamentali della imputabilità, scioglie un problema che ha richiamato le osservazioni dei criminalisti contemporanei. Una sentenza dei tribunali di Francia, il 4 piovoso anno XIII, condannò a morte come complice di omicidio *premeditato* un giovine che aveva prestato all' amico un bastone di cui questi si era valso per uccidere un suo rivale. La sentenza dichiarò letteralmente essere *risultato in fatto* che l' amico non avea prestato quel bastone se non dietro solenne promessa *che non avrebbe ucciso* il rivale. Malgrado la certificazione di questa circostanza, in esecuzione della legge di Francia che parificava anche allora nella pena i complici all' autore principale, quell' infelice fu condannato a morte, e decapitato. Ora; nel febbrajo del 1861 Benoit Champy ha pubblicato a Parigi un eccellente libro sulla complicità. In quel libro ei ricorda quest' atroce sentenza, e se ne vale a mostrare che la legge

Digitized by Google

dovrebbe distinguere nella pena il complice dall' autore principale. Posteriormente Thiengou, dando una succinta analisi dello scritto di Benoit Champy, ritorna su questo fatto crudele; e se ne vale per trarne un' altra conseguenza. Egli dice che dovrebbe la legge lasciareai giudici un arbitrio per modificare la pena secondo i casi. Io non discuto nè la conclusione di Benoit Champy (che in massima accetto come verissima) nè la conclusione di Thiengou. Ma dico che nel caso dell' anno XIII, non vi era bisogno di modificazioni legislative per impedire la ingiusta strage di quell' infelice. Io dico che se i giudici ricordavano i veri principj della scienza, quel disgraziato era salvo senza arbitrio e senza correzione di legge. Infatti costui non aveva mai avuto *volontà* diretta all' omicidio. Egli aveva imprestato un' arme, ma con la certezza che non divenisse strumento di morte. Come potè dunque dichiararsi complice di omicidio premeditato? Fosse pure premeditata dall' autore principale la strage, non potè averla *premeditata* chi non la voleva. Si sostituì dunque da quei giudici il concorso *materiale* al concorso *intenzionale;* la coefficienza materiale alla coefficienza morale. Si dichiarò complice di un fatto chi *positivamente non lo aveva voluto.* La causa di uccidere l' accusato si trovò nel *dolo qualificato,* nella *premeditazione.* Checchè potesse dirsi quanto al risultato *più grave* derivato dai *mezzi voluti,* certo è che la premeditazione essendo circostanza che tutta risiede nella *intenzione* non può essere *comunicabile.* E ammesso ancora che l' *autore* avesse premeditato la uccisione, certo è che anche in questa ipotesi si sarebbe condannato a morte un uomo *per la intenzione di un altro uomo:* intenzione che quello non avea conosciuto, ed a cui non aveva partecipato. Così la qualifica, e per conseguenza la pena, furono *aberranti* ed ingiuste, per una giudaica aderenza alla lettera della legge, la quale deve sempre intendersi che subordini i suoi dettati ai precetti sovrani della ragione e della giustizia, formulati nei canoni della scienza. Il precetto che vuole si escluda la partecipazione dove trovasi una

Digitized by Google

intenzione criminosamente distinta, si è sostenuto e svolto da Schuermans *(précis de droit pénal, pag.* 28 *et* 29) contro la comune dottrina francese. È un fenomeno dimostrato dalla storia di quattro secoli che i Giureconsulti dei Paesi Bassi hanno più spesso sostenuto le opinioni più benigne, come i Giureconsulti francesi hanno generalmente prediletto le più severe. Vedasi ancora su questo importante argomento de Molènes *de l' humanité dans les lois criminelles.* Del resto in Italia il principio della non comunicabilità nè del dolo nè dei suoi gradi fra i partecipi di un fatto criminoso, accogliesi universalmente senza difficoltà. Vedasi §. 1135 nota.

§. 436.

3.° Potè agire con *intenzione indiretta negativamente tale:* versare cioè in un fatto colposo. Ma nei fatti colposi non può esservi complicità, perchè implicherebbe contradizione. È assoluta la regola di Ulpiano *(leg. 50,* §. *2, ff. de furtis) recte Pedius ait, sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine* dolo malo *posse.*

§. 437.

4.° Potè infine trovarsi nello stato di *intenzione imperfetta:* essere cioè nel quarto grado del dolo. Ed anche in questa ipotesi non si ammette per regola complicità; tranne specialissimi casi, nei quali, malgrado l' impeto istantaneo degli affetti, possa apparire *univocamente* esplicita la volontà di coadiuvare il delitto che altri commetta (§. 1307).

Digitized by Google

§. 438.

In una parola la teorica si epiloga, coerentemente ai principii costitutivi del delitto, in una regola semplice ed assoluta. Il concorso materiale, per quanto *efficiente* al delitto altrui, non rende mai partecipi del delitto, se non vi fu intenzione (1) determinata a coadiuvarlo.

(1) Questo principio cardinale contiene per necessario implicito la non comunicabilità della *scienza* da individuo ad individuo. Se fra più persone che percuotono donna incinta l'uno *sapeva* lo stato di gravidanza della medesima e gli altri lo ignoravano e ne segue lo aborto, benchè tutti siano complici nelle percosse, gl'ignoranti non debbono dividere con lo sciente lo aggravio d'imputazione derivante dallo aborto. Se in più si uniscono a violentare una donna maritata sarà responsabile di *adulterio* violento quello solo tra loro che la conosceva tale, e non gli altri che la credevano innutta.

2.°

Concorso di volontà *senza concorso di* azione.

§. 439.

Opposta regola procede ove alcuno concorra con la *volontà* al delitto che altri commette; ma senza prendere veruna parte all'*azione* materiale. A costui è imputabile il fatto altrui, purchè la sua volontà abbia *esercitato sull' animo dell' agente una influenza efficace;* e la sua responsabilità si misura sul grado maggiore o minore di tale *influenza.*

Digitized by Google

§. 440.

Costui allora dicesi *causa morale* del delitto. In lui non s' imputa il *pensiero* (il giure penale, sempre logico, non perseguita gli atti interni) ma oltre l'atto interno è intervenuto un atto *esterno* che ha violato la legge: ed allora anche la *manifestazione* del pensiero diviene politicamente imputabile, in quanto abbia dato impulso a quel fatto esterno violatore della legge.

§. 441.

Perchè dunque il concorso puramente *morale* al delitto altrui sia imputabile politicamente, è indispensabile che nel medesimo possa riscontrarsi un *impulso* al delitto stesso. A tal fine è necessario che il pensiero criminoso sia stato *comunicato* all'agente sotto una qualche forma; sicchè abbia spinto questo ad agire. Ed allora è ben naturale che del *fatto* risponda anche chi *nulla fece;* perchè il fatto dell' altro risale a lui come a sua *causa.* Non è già che abbiasi un reato *senza forza fisica:* (1) questa è nell' altro, e basta; perchè la differenziale tra forza e forza sta appunto in questo, che la forza fisica si *comunica* fra i partecipi dato il concorso *morale,* e secondo le condizioni del medesimo.

(1) Guardando bene addentro la cosa anche il reato di chi istiga altri a delinquere senza che egli prenda parte all' azione, ha la sua *forza fisica speciale.* Questa si rappresenta nell' atto esterno col quale lo istigatore si impadronisce della volontà altrui, e la spinge al delitto. Questo momento

Digitized by Google

fisico è necessario che vi sia o mediante la parola o mediante lo scritto, o sotto la forma di comando o di consiglio o di minaccia: sempre è necessario che sia intervenuto, perchè senza un atto esterno è impossibile la comunicazione delle due volontà, che è strumento indispensabile allo impulso che la volontà dello istigatore si presuppone aver dato alla determinazione criminosa dell' autore; impulso che è la unica base della responsabilità di quello nel delitto eseguito da questo.

§. 442.

Ora secondo il variare di tali forme, varia il modo di essere della partecipazione *morale:* e ne nascono cinque distinte figure di *complicità.* Queste sono — 1.° il *mandato* — 2.° il *comando* — 3.° la *coazione* — 4.° il *consiglio* — 5.° la *società* a delinquere (1). Tali forme distinte di partecipazione *morale* può un legislatore (a cui piaccia) unificare a talento, e contentarsi della parola *istigazione* per esprimerle tutte. Ma la istigazione è un genere che comprende diverse specie separate tra loro a caratteri pronunciatissimi; e la scienza ha bisogno di studiare queste singole specie, ponendosele innanzi con nomi distinti. Quando fra due cose esistono difformità *essenziali* la velleità moderna di unificarle con un solo nome porta confusione nel linguaggio, e niente altro; ma è impotente a distruggere le differenze *reali.*

(1) Il Romano, nelle sue *istituzioni,* ai *Capitoli* 14, 15 *e* 16, fa tre casi distinti della complicità per *mandato,* per *istigazione,* e per *consiglio.* Ma io non mi persuado che la istigazione costituisca una *specie* distinta dalle altre. Essa è un *genere* che comprende in sè diverse *specie;* o piuttosto esprime la risultante delle diverse *specie.*

Digitized by Google

§. 443.

1.° *Mandato* si ha — *quando si commette ad altri la esecuzione di un delitto per nostro utile e conto esclusivamente* (1).

(1) Qui cade il dubbio se possa dirsi mandante o semplice consigliere colui che non aveva interesse al delitto al quale istigava, ma agiva per l' unico fine di compromettere lo istigato contro il quale aveva odio, per porlo in mano della giustizia. Questa configurazione speciale si contemplò dallo illustre Glaser, nella dissertazione che ha per titolo *il dolo e lo istigatore,* pubblicata da lui nell' anno 1858 nella *Gerichtsaal,* riprodotta nei suoi *opuscoli* al *n.* 5, del primo volume, *Vienna* 1868; dove diffusamente e con molto acume tratta la questione della punibilità dei così detti agenti provocatori. In ordine a questi può anche vedersi l' *Eco dei Tribunali ai numeri* 718, 721, 755, dove si conferma la regola che lo istigatore deve andare impunito quando dopo avere istigato al delitto ne ha impedito egli stesso la consumazione. È evidente che qui trova applicazione la dottrina della non punibilità dello attentante rimasto tale per suo pentimento. Questa figura di chi provoca Tizio ad un reato per denunciarlo e rovinarlo, è satanica nel privato. È poi una infamia esecrabile quando si fa dagli agenti governativi per fini politici. Eppure!

§. 444.

2.° Il *comando* è — *un mandato a delinquere imposto con abuso di autorità* da un superiore ad un inferiore.

Digitized by Google

§. 445.

3.° La *coazione* (nel senso in cui qui si adopera questa parola, cioè in quanto sia causa di *azione*, non di *reazione*) è — *un mandato a delinquere imposto con la minaccia di grave male.*

§. 446.

È evidente che il *comando* e la *coazione* non sono che *mandati qualificati*, o dall' abuso di autorità, o dalla incussione del timore.

§. 447.

Queste due forme di complicità *morale* hanno ciò solo di particolare, che in ragione della maggiore influenza che può avere esercitato sull' animo dell' agente o l' autorità o la minaccia, se ne minora la imputazione dell' autore fisico, e se ne aumenta la imputazione di chi ne fu causa morale. E tale aumento, e respettivo decremento, possono giungere sino al punto di esonerare da ogni responsabilità (§. 288) l' autore fisico, e far ricadere tutta la imputazione del delitto sulla causa morale. Ciò avviene quando l' esecutore debba considerarsi non come strumento *attivo*, ma come strumento *passivo* dell' altro: o perchè non ebbe una volontà *libera*, come nei congrui casi il coatto; o perchè non ebbe una volontà *intelligente* nel rapporto della colpevolezza, come nei congrui casi (§. 316) il comandato.

Digitized by Google

§. 448.

Tranne cotesta specialità, le regole del *comando*, della *coazione*, e del *mandato* corrono di pari passo.

§. 449.

4.° Il *consiglio* è — *la istigazione diretta ad alcuno col fine di indurlo a commettere un delitto per suo esclusivo utile e conto.*

§. 450.

5.° La *società* è — *un patto intervenuto fra più persone al fine di consumare un delitto per utile o comune o respettivo* (1) *di tutti gli associati.*

(1) È *comune* l' utile che si rappresenta da più micidiali accordatisi ad uccidere per vendetta. È *respettivo* l' utile che si rappresenta da più micidiali uno dei quali uccida per vendetta, e l' altro per fine di suo lucro. Vi è sempre *società*. Ma talora agli effetti penali può diversificare caso da caso quando il *fine* speciale che ebbe uno degli associati costituisca un' aggravante dell' omicidio.

§. 451.

La *società*, il *consiglio*, e il *mandato* hanno questo di comune, che in loro stessi non possono considerarsi come tentativi del delitto pattuito, consigliato, od ingiunto, perchè con loro non si dà principio alla esecuzione del delitto. Ove non vogliano persegui-

Digitized by Google

tarsi come rei di delitti *sui generis*, e per sè stanti, non possono il mandante, il consigliero, ed il socio imputarsi in ragione di complicità, finchè l' autore fisico non ha dal suo canto posto in essere almeno un *tentativo* del delitto voluto (1). Si può essere complici di un tentativo; ma tentativo di complicità non si ammette. I pratici esprimevano questa verità col broccardo — *mandans tenetur*, causa mandati, *non* ex mandato.

(1) Il mandato e l' associazione a delinquere possono bene punirsi come delitti *sui generis*, ma è un errore dei più grossolani ravvisarvi un *tentativo* del reato al quale si dirigevano; perchè il conato ha per sua condizione essenziale il *cominciamento di esecuzione* del reato voluto, e finchè si dice *fai*, o *facciamo*, non si comincia *a fare*. Tutte le esemplificazioni con le quali taluno si ostinò a sostenere il paradosso del tentativo nel mandato travisano la questione, perchè suppongono che il principio della esecuzione materiale abbia avuto luogo. La *complicità nel tentativo* può esservi senza dubbio tutte le volte che l' autore principale tentò e non consumò. Se il socio che aveva promesso ajutare l' autore principale si arrestò a metà di opera e lo lasciò solo, malamente si dice esservi qui un *tentativo di complicità*. Qui vi è un fatto principale di esecuzione, al quale si congiunge il fatto del socio non per una *complicità fisica tentata* ma per la *complicità morale consumata*. Ma quando *niente fu fatto* da alcuno degli associati, vi sarà complicità nel *patto* (delitto *sui generis*) ma è pura poesia parlare di complicità nel *fatto*, mentre il *fatto* non esiste. Altro è dire che lo accordo precedente *congiunga* la mia persona al fatto che successivamente si eseguì da altri: altro è pretendere che lo accordo *supplisca* al fatto che mai ebbe vita, e tenga le veci di quello. Non si dimentichi però

Digitized by Google

mai che l' accordo criminoso rende complici negli stretti limiti di ciò che fu concordato; non nel di più che siasi commesso da alcuno dei soci nell' atto di eseguire il delitto: Laderchi *consilia cons.* 194. L' accordo a *percuotere* non rende complici i soci dell' omicidio commesso da uno di loro: l' accordo a rubare non rende complici dello stupro che uno dei ladri abbia ad occasione del furto commesso; e simili. Rientra qui la teorica della intenzione criminosamente distinta.

§. 452.

Il mandato, il consiglio, e la società hanno il principale criterio differenziale nel diverso reparto dell' *utile* derivante dal delitto. Questo è la unica delimitazione possibile che suggerisca la scienza per distinguere coteste tre figure. Ma è criterio essenziale; perchè influisce sul reparto delle forze criminose: e perciò coteste figure vogliono appunto essere distinte, per misurarne con giusta proporzione il grado della respettiva imputabilità (1).

(1) La teorica della *società criminosa* non deve confondersi con la teorica dei delitti di una *università*. Questo è un caso essenzialmente diverso, che dal Carmignani si descrisse nei suoi *elementi* al §. 270, e del quale dà cenno lo Jorio *dissert. de privilegiis universitatum, privilegium* 3, *Neapoli* 1713. Per *università* si intende una pluralità di persone *legalmente* associata, che costituisce un corpo morale. I così detti delitti delle Università sono delitti *proprii*, che consistono in una deliberazione presa dal corpo morale in opposizione alla legge. In conseguenza è regola che i delitti delle Università non possono punirsi che con *pene proprie*, cioè con la soppressione del corpo morale o

Digitized by Google

col togliergli i privilegi che godeva. I fatti dei singoli come individui, quando non costituiscano un delitto *comune* per sè stante, non si *cercano;* perchè nessun membro delle Università può essere personalmente colpito per la delinquenza del corpo morale al quale appartiene: Carmignani §. 357. Ed invece la pena propria del corpo morale viene indirettamente a colpire anche quei membri che non assisterono a deliberazione; anzi anche quei membri che alla deliberazione si opposero ma furono soffocati dalla maggioranza contraria. Vedasi Baldo *cons.* 377, *n.* 3 — Gundlingio *exercitationes academicae, Halae* 1736, *vol.* 1, *exercit.* 16 *de universitate delinquente, pag.* 829 — Parisio *cons.* 25, *n.* 30, *lib.* 4 — Ancharano *consil.* 158 — Mynsinger *observationum Centur.* 4, *observ.* 78, *Basileae* 1576.

§. 453.

Se il delitto si eseguì per solo interesse della sua causa morale si ha un *mandato* (1): se per solo interesse della causa fisica si ha un *consiglio:* se per interesse o comune, o respettivo, tanto di chi lo eseguì come di chi partecipò al solo disegno criminoso, si ha la *società.*

(1) Questa nozione del *mandato,* alla quale per vaghezza oltramontana, vorrebbe oggi darsi l' ostracismo dalla scienza, è classica nella medesima: Carpzovio *practica pars.* 1, *quaest.* 3 — Strykio *dissert. de mandato delinquendi* — Nani *principj di giurisprudenza criminale* §. 136 — Carmignani *elem. juris crim.* §. 264: il quale, sebbene la disapprovi agli effetti penali per la speciosa ragione che un consiglio a delinquere essendo contro la morale presuppone sempre un interesse in chi lo emette, non suggerisce però un diverso criterio, e mantiene la distinzione fra *consiglio* e *mandato.* Ognuno comprende che ad anime corrotte

Digitized by Google

non repugna consigliare altri al male senza verun proprio lucro; e che l' interesse del malvagio consigliere è tutto nel piacere di veder delinquere. Ma dove l' istigato non avrà un interesse proprio non potrà mai dirsi che si ha un *consiglio:* come dove il delitto porta tutto l' utile all' istigato non potrà mai dirsi che si abbia un *mandato.* L' essere o no a sè profittevole il delitto conduce a dire che siasi eseguito o per *conto proprio,* o per *conto di altri,* o per *conto comune:* e questo criterio della distinzione tiene alla stessa natura delle cose. È poi il medesimo politicamente influente, perchè l' utile derivante o no dal delitto all' esecutore dimostra se debba riferirsi la prima causa del delitto, o in tutto o in parte all' istigatore. Si vedano le *istituzioni* del Giuliani *vol.* 1, *pag.* 189 *(ediz.* 1856) *e pag.* 203 — ivi — *Che il consiglio, a differenza del mandato, ridonda in vantaggio di chi lo riceve non di chi lo dà* — Puccioni *saggio teorico-pratico pag.* 105. — ivi — *Si commetterebbe grave errore confondendo il consiglio col mandato. In questo il mandatario intraprende la esecuzione del delitto per conto ed interesse di quello dal quale il mandato proviene: al contrario nel consiglio il delitto si compie nel solo interesse del consigliato.* Nel codice Toscano si volle bandire anche questa nomenclatura: ma si dovette conservare la *realtà* della distinzione fra motivi *proprii,* motivi *comuni,* motivi *esclusivi.* Sicchè tutto il progresso consiste non nella emenda del pensiero, o del principio, ma nella confusione della nomenclatura esatta e adequata della vecchia scuola italiana nel solo vocabolo *istigazione.* Si è sdegnato ripetere le voci *consiglio,* e *mandato.* Si è detto invece *istigato* che ha motivi *proprii* — *istigato* senza motivi *proprii* — *istigato* che ha motivi *comuni.* Così taluno che proponesse non doversi più dire *oro* od *argento,* ma metallo giallo e metallo bianco, si illuderebbe credendo di avere rinnovato la scienza metallurgica. Ma la teorica dei motivi *proprii* risale ai più antichi criminalisti; *mandatarius dicens se omnino fuisse facturum homicidium relevat*

Digitized by Google

mandantem: Galeota *consilia; in collectis per* Ziletum, *tom.* 1, *cons.* 110, *n.* 41, ove cita Baldo e Marsilio. I pratici videro tutto, non mancò loro che il coordinamento.

§. 454.

La legge civile perseguita anche coloro che parteciparono nel delitto altrui *moralmente soltanto*, perchè anche in questi trova una *causa* della delinquenza che ella deve reprimere. La potenza di una causa è tanto più forte quanto più ha agito senza sussidio di *altre cause* a procacciare l' evento. Il movente che più d' ordinario spinge l' uomo a violare la legge è l' *utile* che spera ottenere dal delitto. Dunque il reparto della imputazione tra l' autore fisico del delitto, e chi vi partecipò moralmente soltanto, deve guardarsi secondo il reparto della *utilità*.

§. 455.

Nel *mandato* si suppone che il mandatario non avesse nissuno interesse a delinquere. Dunque *causa primaria* del delitto fu il mandante: senza il mandato, il mandatario non avrebbe certamente commesso quel delitto in cui non aveva interesse nessuno: dunque la imputazione del mandante deve essere maggiore di quella che si dirige contro il socio, o contro il consigliere.

§. 456.

Su questa idea le scuole ed i codici moderni hanno fondato la dottrina della perfetta uguaglianza nella imputazione tra mandante e mandatario (1).

Digitized by Google

(1) Fondano la dottrina della parificazione sul responso di Ulpiano *leg.* 15, *ff. ad leg. Corn. de sic.* — *nil interest occidat quis, an causam mortis praebeat,* e Bartolo la fondò sulla *leg. is qui opem, ff. de furtis, n.* 5 — Leunclavio *(ecloga basilicorum, fragm.* 355) riporta questa sentenza — *mandator caedis pro homicida habetur.* La quale però non è nel codice Fiorentino delle Basiliche, nè nel *Corpus juris* del Gebauer *pag.* 1048. Il Renazzi seguendo Farinaccio *(pars* 5, *quaest.* 136, *n.* 6) vorrebbe anzi punito *più* il mandante che il mandatario; idea che si annoda con una opinione del Bartolo accolta da alcuni antichi dottori: Ciazzi *dissert.* 26, *n.* 316. La parificazione si insegnò da Carpzovio *practica pars* 1, *quaest.* 19, *n.* 15; *et quaest.* 4, *n.* 14; *et quaest.* 38, *n.* 54 — Gebauer *de imputatione facti alieni sect.* 1, §. 7, *sect.* 2, §. 1 — Conciolo *verbo assassinium resol.* 3: ed in generale dai pratici. Corneo *cons.* 8, *lib.* 3 — Socino *cons.* 188, *lib.* 9, *n.* 7. Parve che opinasse per la non parificazione il Claro *sentent. lib.* 5, §. *fin. quaest.* 92, *n.* 1 *et* 2, e Baldo *lib.* 5, *cons.* 384. Vedasi Esbach *ad Carpzovium pars* 4, *constitut.* 6, *pag.* 604. Si opposero recisamente alla parificazione Beccaria per un principio di politica, e Carmignani per un principio di giustizia: e Crell *dissert. de poena instigationis: in ejus collect. fasc.* 11, *pag.* 1939 *et* 1952. La sostiene Haus *cours de droit pénal vol.* 1, *pag.* 201. Vedasi la nota a §. 1194.

§. 457.

Cotesta parificazione presuppone però sempre due condizioni: 1.° un *grado uguale di dolo* nel mandante e nel mandatario; variando il quale deve variare il reparto della imputazione — 2.° che *realmente* ciò che la ragione dell' interesse porta a presumere siasi avverato: cioè che trattisi di *vero e proprio* manda-

Digitized by Google

tario. Se in fatto anche il mandatario aveva un interesse respettivo al delitto, il mandante assume piuttosto la figura del socio non esecutore; e si assimila a lui. Se poi, anche senza tale interesse, viene a conoscersi che il primo a concepire il delitto ed a cercare l'ordine di commetterlo, fu il mandatario stesso, la presunzione forza è che ceda alla verità. Il mandante non è più la causa morale *primaria* del delitto, e deve imputarsi meno del mandatario; perchè mentre entrambo vollero il delitto con ugual forza di volontà, il mandante lo volle soltanto, il mandatario lo volle e lo eseguì.

§. 458.

Nella *società* l'interesse è comune. Dunque causa morale del delitto sono *ambo i soci.* Ma la causa fisica del delitto fu il solo socio esecutore. Dunque a parità di causa morale, la prevalenza della causa fisica porta a dovere imputare il delitto più al socio esecutore, e meno al socio non esecutore. Che se tutti i consociati a delinquere concorsero o alla esecuzione o alla consumazione, non si ha più un semplice concorso di volontà, ma ancora un *concorso di azione;* e la imputabilità si gradua fra i più delinquenti secondo la parte presa nell'azione, come vedremo (§. 471) tra poco.

§. 459.

Nel *consiglio* si suppone che il consigliero non abbia nessun interesse al delitto; il quale torna ad esclusivo vantaggio del consigliato che lo eseguì.

Digitized by Google

Però può ritenersi che costui avrebbe commesso il delitto anche senza il consiglio altrui. Dunque mentre nell' esecutore si mantiene tutta la pienezza della imputazione; il consigliero deve imputarsi meno del mandante o del socio, e può anche non essere niente imputabile.

§. 460.

La imputabilità o non imputabilità del consiglio dipende dal *grado di influenza* (1) che esso esercitò sul delitto. Di qui la distinzione tra *consiglio semplice* o esortativo, e consiglio *efficace.*

(1) Tissot volle distinguere il *consiglio* dall' *ordine,* ravvisando nel primo una partecipazione meramente *intellettuale* (partecipazione all' *idea*) nel secondo una partecipazione *morale* (partecipazione alla *determinazione*). Siffatta distinzione può essere ideologicamente esatta, perchè la *determinazione* (atto di *volontà*) è cosa bene diversa dalla *idea* (atto di mera *intelligenza*). Ma quando si immagina un consiglio *efficace* si esce dal campo della mera concezione di una idea, e si entra necessariamente nel campo della determinazione; perchè quella concezione esercita appunto una forza determinante la volontà. E quando si presuppone il *dolo* nel consigliero, questo non in altro può consistere tranne nella intenzione di spingere al delitto la *determinazione* altrui. Senza ciò può essersi nei meri termini di *imprudenza,* e manca il *concorso di volontà* al delitto. Altrimenti il chimico che pubblica una sua scoperta circa la fabbricazione di un veleno, sarebbe responsabile del veneficio che taluno, edotto dal suo libro, commettesse dipoi.

Digitized by Google

§. 461.

La *efficacia* del consiglio si desume dalla *certezza* che si ottenga di una *influenza* volontariamente esercitata dal consiglio stesso sull' animo del male inclinato: per la quale costui siasi con maggiore facilità, od anche esclusivamente per essa, determinato ad agire. Ella è questione di fatto, sulla quale la scienza non può porgere che una formula generale (1). Certo è però che la efficacia deve essere tanto *oggettiva* quanto *soggettiva*. Non basta che una parola incauta abbia determinato altri al delitto, se non fu proferita con cotesta *intenzione:* qui sta il *dolo* del consiglio. Neppure basta che sia nel consiglio una efficacia *soggettiva*, se non si ebbe anche *oggettiva*. Taluno disse *uccidi* a colui che inseguiva con mano armata il nemico. Questi l' uccise; ma è provato che *non udì* quella *parola*. Qui stava la *efficienza reale* del consiglio, e questa mancò.

(1) Una ulteriore distinzione meritevole di essere segnalata trovo acutamente indicata da Berner nei suoi *elementi di diritto penale tit.* 3, §. 107 *e segg.* fra colui che istiga *l' autore principale* al delitto, e colui che istiga l' *ausiliatore* ad ajutarlo. Questa è distinzione da meditarsi e sfruttarsi, coordinandola peraltro alla regola che non ammette *complicità* di *complicità*, e determinando le eccezioni che possono ammettersi a cotesta regola.

§. 462.

Deve avvertirsi che il consiglio è sempre imputabile perchè indubitatamente efficace (fermo stante

Digitized by Google

il *dolo* nell' emetterlo) quando fu accompagnato da *istruzioni,* che poi abbiano *effettivamente giovato* alla esecuzione del delitto. In questo caso il consiglio ha esercitato influenza non solo sulla determinazione ma in certa guisa anche sull' azione.

§. 463.

Deve pure notarsi che il massimo grado d' imputazione si deve al consiglio, quando può accertarsi che *senza di quello* il delitto *non si sarebbe commesso* (1). Infatti è vero che la utilità tutta a profitto del consigliato offre in sè stessa una causa sufficiente alla determinazione criminosa; ma questa non è che una mera *presunzione* d' influenza. E tale presunzione deve cedere, come tutte le presunzioni, alla prova contraria. Sempre però il consiglio, per quanto efficace, dovrebbe (a parer mio) imputarsi meno della esecuzione.

(1) Su questa considerazione si è fondata da alcuni codici contemporanei la distinzione fra complice *necessario*, e complice *non necessario,* sanzionata al fine di stabilire nella prima ipotesi un grado maggiore di corresponsabilità. Ma questa specialità, se può avere un senso pratico nei termini di concorso puramente *morale,* non lo ha davvero nei termini di concorso di azione, ove conduce a gravi ed inevitabili perplessità. Come definire con un criterio costante l' atto di cooperazione *materiale* che era *necessario* al delitto? O è *sempre* tale, o non lo è *mai*. Lo è *sempre,* se si procede con un criterio *concreto* desunto dalle speciali forme del fatto. Il ladro che insalì dal balcone, o che aprì lo scrigno con falsa chiave, non poteva rubare in *quel modo* se altri non lo forniva della scala o della falsa chiave. Ma non lo è *mai*

Digitized by Google

se si considera la possibilità generica del delitto stesso sotto diverse forme. Ancorchè nessuno gli avesse porto la scala poteva rubare atterrando l' uscio; e ancorchè non gli fosse stato dato lo stile poteva uccidere con bastone. Non vi è *mai* una complicità necessaria in un atto di materiale partecipazione, perchè il delitto ha cento diversi modi possibili di esecuzione. Che se simile distinzione si intende sotto un mero criterio di *probabilità*, la distinzione è da cancellarsi perchè orribilmente pericolosa in pratica, specialmente quando se ne consegna il giudizio ai Giurati. Ed anche il decidere se debba pigliarsi per criterio la *specialità del modo* col quale fu eseguito il delitto; oppure la possibilità di altro modo di esecuzione; oppure un mero calcolo di *probabilità*, è una vera questione di *diritto* preambula al giudizio di fatto. Vi si rifletta: e si scorgerà quanto vi è di diafano in questa distinzione quando si vuole applicare al concorso materiale. Ottimamente, come è suo costume, il Pessina nell' aureo libro *appunti intorno al nuovo schema di Codice penale (Napoli* 1875) *pag.* 21, disapprova il sistema che regola la imputazione del complice sul criterio *elastico* ed *indefinibile* della complicità *necessaria*, o *non necessaria*, e propugna il mantenimento del criterio classico e positivo del *dare causam crimini*. Questo criterio è giustissimo nella idea fondamentale; e non espone a pericolosi equivoci la sua pratica applicazione.

§. 464.

Evvi una forma speciale di partecipazione al delitto altrui senza *concorso di azione*, che gli scrittori ora chiamano complicità *negativa* (Tissot *droit pénal tom. 1, pag. 119, Paris 1860)*; ora *connivenza* (Puttmann *opusc. 3* — Ras *de vinculi cognationis et affinitatis vi et efficacia, Trajecti ad Rhenum 1848)*; ora *reticenza* (Randwjick *de*

Digitized by Google

reticentia, Trajecti ad Rhenum 1829). Essa consiste nel conservare il silenzio intorno ad un delitto che si conosce volersi commettere da altri; e col non denunziarlo all' autorità lasciare che si consumi. La imputazione di questo silenzio come delitto da alcuni si ragiona sulla utilità politica, e si è portata alle più esorbitanti conseguenze da certi legislatori nei delitti di Stato (1). Da altri si nobilita col principio della solidarietà difensiva dei cittadini (2). Checchè sia della imputabilità di codesto *silenzio* (o in ordine ai delitti *da commettersi*, o in ordine a delitti *già commessi*) guardato come fatto *sui generis*, e valutato come delitto di per sè stante; certo è che non possono mai trovarsi nel medesimo i termini della *complicità*. Non essendovi concorso di *azione*, la partecipanza fondata sul mero concorso *morale* non può radicarsi che sopra un atto positivo ed efficiente della volontà che aderisca al delitto. Ora codesta adesione non ha nel caso altra base che una *presunzione:* la presunzione che colui, al quale divenne noto il disegno criminoso di altri, poichè omette di farsene delatore *voglia* che il delitto si consumi. Così la pretesa complicità o parifica uno stato negativo della volizione ad uno stato positivo; o fondandosi sovra la *presunzione* di un desiderio, il presunto *desiderio* converte in una volontà determinata; e così con supposizione di supposizione si attribuisce ad un pravo volere ciò che può essere l' effetto o di pudore, o del timore di proprio pericolo, o di pietà verso gli altri.

(1) Antesignano della dottrina che la non rivelazione di un delitto che si conosce potersi commettere, costituisca *com-*

Digitized by Google

plicità fu Bartolo che la fondò sulla celebre legge *Quisquis*, e malgrado le aspre confutazioni di Baldo prevalse nell' antica pratica. Ma la base di questa dottrina sarebbesi demolita da coloro che nella Costituzione *Quisquis* sostennero doversi leggere *consociis* dove Bartolo leggeva *consciis*. Vedasi Ziletto *Consilia vol.* 1, *cons.* 107 — Teschemaker *de jure silentii; in* Oelrichs *thes. nov. dissertat. vol.* 3, *dissert.* 3, *Bremae* 1779 — Gebauer *de imputatione facti alieni; in ejus exercitationes opusc.* 25, *Erfordiae* 1796, il quale dice che è reo di furto chi non acclama ai ladri vedendo rubare — Strykio *de imputatione facti alieni n.* 70, *cap.* 1, *et cap.* 5, *n.* 86, 90; e *disp. de credentiae revelatione, cap.* 5; *in ejus dissertat. vol.* 3, *dissert.* 8; *et vol.* 6 *dissert.* 1, *Francofurti* 1745 — Gundlingio *singularia ad legem majestatis; itemque de silentio, Francofurti* 1737 — Puttmann *adversarior. juris universi vol.* 2, *cap.* 31, *pag.* 209, *Lipsiae* 1775 — Van Beuker *de crimine majestatis (in* Oelrichs *thesaur. nov. dissert. select. vol.* 2, *tom.* 1, *pag.* 75, *Bremae* 1771) — Crell *de poena silentii dissert.* 53, *pag.* 1103. Questa dottrina mosse diritta dal giure penale dell' Impero Romano. E la energia con cui fu combattuta da Beccaria, da Montesquieu, e da Filangieri non trattenne alcuni codici moderni dal fulminare severissime pene contro la non rivelazione: codice Francese art. 104: codice Austriaco art. 54, 55: codice Napoletano art. 144: codice Ticinese art. 108. Credette giustificare questo rigore con la formula empirica dello interesse dello stato il Pescatore, *saggio sopra i delitti, Torino* 1780: ed evvi anche oggidì chi se ne vuol fare patrono! Si è detto recentemente la impopolarità delle pene minacciate contro chi non fa la spia è nata unicamente dallo avere ristretto quella disposizione ai soli delitti politici: generalizzatela ed essa diverrà popolare. Io dubito molto di questo vaticinio.

(2) Codice Portoghese art. 8, e Rapporto della commissione cap. VII; ove si applica alla non rivelazione la imputazione

Digitized by Google

dell' *aderenza*. La idea della *solidarietà defensiva* dei consociati, per cui si eleva a dovere civico la prevenzione dei crimini, ed a delitto la violazione di tale dovere, non è concetto moderno: Zezas *Études historiques sur la Legislation Russe pag.* 40, *Paris* 1862. Si rimise in voga modernamente. Si sostenne da Hencke, Oersted, Koenigswarter. Vedasi Haubold *opuscula academica tom.* 2, *pag.* 548 *et seqq. Lipsiae* 1829, e Bonneville *de l' amélioration de la loi criminelle vol.* 2, *pag.* 670, *Paris* 1855; ed altri. Winckler *(de crimine omissionis* §. 6, *Lipsiae* 1776 ricorda molti statuti che punirono come delitto *speciale* il *non impedimento* del delitto da commettersi, e la *non rivelazione* del delitto, o da commettersi, o già commesso. Latamente Jonge *de delictis (Traject.* 1845) *vol.* 2, *pag.* 413. Sia che vuolsi di così grave disputa (che qui non cade) basti al presente luogo affermare che nè la *non rivelazione*, nè il *non impedimento*, giammai possono costituire vera *complicità*, perchè non vi è nè concorso di azione nè concorso di volontà.

3.°

Concorso di volontà *e concorso di* azione.

§. 465.

Concorre al delitto con *volontà* e con *azione* chiunque, oltre a *volere* la violazione del diritto che il reato minaccia, interviene *personalmente* ad alcuno degli atti che ne costituiscono la forza fisica soggettiva, ossia l' elemento materiale.

Per ben calcolare il grado d' imputazione che si deve a questa forma di partecipanza è necessario distinguere la materialità dell' azione criminosa in

Digitized by Google

tre diversi momenti: *preparazione, esecuzione, consumazione.* Aver confuso il primo col secondo, ed il secondo col terzo di tali momenti, è stato causa di equivoci. Già alla materia del conato (§. 393, e 398) notai che la *preparazione* si distingue dalla *esecuzione* per la *univocità;* e la *esecuzione* dalla *consumazione* per la *presenza coefficiente* (non già meramente accidentale) del soggetto passivo della consumazione. Gli atti che non si riferiscono *univocamente* al delitto sono preparatorii; come, per esempio, munirsi di uno scalpello. Quando gli atti acquistano *univocità* criminosa incomincia la esecuzione; per esempio, il ladro ha confitto lo scalpello nell'uscio per dischiuderlo. E se è certo che l'atto dirigevasi ad *un delitto,* ma dubbio se ad uno *più grave* o *più leggero,* prevarrà la probabilità del delitto più lieve al quale si riferirà il tentativo. Ma non siamo ancora alla *consumazione,* perchè il soggetto passivo del furto non dev' essere quell' uscio. Siamo alla *consumazione* tostochè il ladro dirige la opera sua sulla cosa che vuole rubare. Se però nel tentativo la nozione degli atti preparatorii porta ad esimerli da ogni imputazione per la incertezza della loro tendenza criminosa, evidentemente nel tema della complicità l' avvenuta consumazione effettiva rivela con certezza la direzione degli atti anche meramente *preparatorii;* cosicchè il risultato di questa nozione non può mai essere nella complicità identico al resultato che produce nel conato. Tale osservazione pare a noi decisiva per accettare la formula che la qualità di *preparatorio* in un atto non può desumersi da altro criterio tranne quello della *univocità.* Se l' atto preparatorio fosse non im-

Digitized by Google

putabile soltanto *perchè è atto preparatorio*, ei non sarebbe imputabile nel complice che si limitò a tali atti. E la cosa è evidente.

§. 466.

In proposito del concorso di azione al delitto altrui la distinzione di questi tre momenti fa nascere diverse forme di partecipanza. Dalla partecipazione agli atti consumativi sorge la *correità;* dalla partecipazione agli atti precedenti (o di esecuzione, o di (1) preparazione) nasce l'*ausilio*, o prossimo o remoto. Dalla partecipazione agli atti posteriori alla consumazione nasce l'*aderenza*, e il *favoreggiamento.*

(1) Mittermaier, nelle sue osservazioni sul codice di Brema, parve dubitare della punibilità di un ausilio consistente nella sola partecipazione ad atti preparatorii, obiettando l'analogia col tentativo. Ma il dubbio e l'analogia non approdano; perchè nella ipotesi del conato si suppone che manchino gli *atti esecutivi* dai quali rivelisi il fine degli atti preparatorii, laddove nella ipotesi della complicità si suppone che tali atti esecutivi vi siano ma posti in essere da altri.

§. 467.

Quando la partecipazione fu *concomitante* agli atti consumativi, colui che la pose in essere è un *correo*, ove anche vi abbia partecipato unicamente con la *parola*, od anche con la mera *presenza*, e senza nulla operare. La *parola* istigatrice, che sviluppa il solo *concorso morale* se è *precedente* alla consumazione del delitto, assume il carattere di

Digitized by Google

concorso *materiale* quando è concomitante ai momenti della consumazione, e con lei si compenetra per la unità di tempo.

§. 468.

La nuda *parola può* anche costituire elemento *fisico* di partecipazione al delitto altrui, benchè precedente alla consumazione: e ciò quando non abbia *influito soltanto sulla volontà* dell' agente; ma abbia *influito direttamente sul fatto* come parte di *azione*. Ciò si esemplifica bene in colui che d'accordo con l' assassino, abbia con parola ingannevole indotto la vittima a recarsi nel luogo ove il micidiale l' attendeva. Quella parola non ha avuto una influenza *morale* soltanto, ma una *influenza fisica* sul fatto criminoso; e rientra nel concorso, non di mera volontà, ma di volontà e di azione: una tale ipotesi però non costituirebbe la *correità* ma l' *ausilio*.

§. 469.

La mera *presenza*, benchè atto *negativo*, assume il carattere di correità quando tale presenza riunisce le due condizioni di essere stata *efficiente*, e di essere stata *intesa* a facilitare la esecuzione. Allora anche la *presenza* inattiva è un momento materiale che si congiunge alla *forza fisica* del delitto. Ciò avviene quando la presenza inoperosa ha volontariamente servito ad *incoraggiare* lo agente, o ad *intimidire* la vittima.

Digitized by Google

§. 470.

Il *correo* è imputabile *ugualmente* che l' autore fisico del delitto. È un' accidentalità se la mano dell' uno piuttostochè quella dell' altro operò l' atto con cui la legge venne definitivamente violata. Quest' atto si considera come fatto di ciascuno dei malvagi che scientemente vi assisterono di persona. Quell' assistenza, anche inerte, rendeva più audace l' esecutore o distoglieva la vittima dalla difesa; e tanto basta perchè assuma il rapporto di causa ad effetto respettivamente al delitto a cui tutti i presenti dirigevano attualmente le loro volontà.

§. 471.

Più propriamente il *correo* distinguesi dal *coautore*. È *coautore* in senso stretto colui che partecipa attivamente all' ultimo atto consumativo del delitto. Celebre l' esempio romano dei due ladri che portano sulle spalle alle due estremità la trave rubata: ma forma analoga può trovarsi in molte altre fattispecie. *Correo* è parola che esprime la *corresponsabilità*. *Coautore* esprime la *concorrenza attiva* in quell' atto che veramente consuma la respettiva violazione della legge. Ambedue sono per la comune dottrina ugualmente imputabili. Ma la distinzione fra *correo* e *coautore* può essere interessante nella questione circa la comunicabilità delle circostanze aggravanti.

Digitized by Google

§. 472.

Quando la partecipanza dolosa dell'azione fu solo *precedente* agli atti consumativi, colui che la pone in essere è un *ausiliatore*. La forza fisica del delitto ha ricevuto da costui un impulso minore che non fu quello datole da coloro che parteciparono alla consumazione. Fu il fatto di costoro che violò la legge; senza del quale il fatto dell'ausiliatore poteva restare innocente. Oltre a ciò la volontà criminosa perseverò in quelli fino all'esaurimento del delitto: mentre nell'ausiliatore si ignora se avrebbe ugualmente perseverato (1).

(1) È questa la ragione fondamentale per cui si dimostra assolutamente ingiusto il sistema della parificazione dei complici agli autori. In quelli vi è meno di forza fisica sotto il rapporto della efficienza, e meno di forza morale sotto il rapporto della perseveranza. Beccaria, divagando anche qui in cerca di argomenti empirici, disse che punir meno il complice giovava perchè più difficilmente si sarebbero trovati autori. Ma l'argomento fu ritorto contro di lui dicendo che col punire meno i complici si rendeva più facile trovar complici. La replica distrugge l'argomento. Ma così l'argomento come la replica sono viziosi: perchè portano sul falso terreno della utilità una questione che deve decidersi con i soli principii di giustizia. Il codice Francese del 1810 (anacronismo vivente) adottò il principio della parificazione. La scuola Francese vi aderisce tenacemente. Voisin (*thes. de la complicité, Paris* 1858) ha consacrato la sua dissertazione a sostenere il principio dell'assimilazione con l'argomento storico. Secondo lui dai Greci e Romani fino a noi quasi tutti i monumenti legislativi mostrano la prevalenza di

Digitized by Google

cotesto principio. Io non valuto niente l' argomento storico in una questione che vuol essere sciolta secondo i principii di diritto. Ma poi il lavoro di Voisin rivela ad ogni pagina la parzialità. In primo luogo egli ha prescelto i testi che favorivano la sua tesi; e malgrado ciò ha dovuto recarne innanzi parecchi che la combattono. In secondo luogo egli ha talvolta contorto il vero senso di alcuni frammenti che allega. In terzo luogo egli porta innanzi disposizioni speciali come argomento di un principio generale. E questo è capitale errore nel quale si cadde in proposito del giure Romano nella materia del tentativo, come si è ormai dimostrato da Geib e da Nicolini. Anche tra noi abbiamo adesso leggi speciali contro il brigantaggio, le quali parificano complici e tentativo con autori e consumazione. Potranno perciò i posteri desumere da queste leggi che i quattro codici penali da cui si governa oggi (1867) il reame d' Italia obbedivano al principio della parificazione! Chi ragionasse in tal guisa cadrebbe nel sofisma di Voisin. Ortolan desume la etimologia della parola complice dal verbo *plectere* (punire) *complectere, complexus, complex, complice.* La etimologia sarà esattissima. Ma la conseguenza spontanea di tale etimologia è quella che *complectere* vuol significare punire *insieme,* non già punire *ugualmente.* E di fatti lo stesso Ortolan è fra i pochi Criminalisti Francesi che riconoscono la giustizia di un reparto *disuguale* d' imputazione secondo la diversa influenza della partecipazione.

La dissertazione di Voisin non ha dunque fatto fare un passo alla scienza. Anzi per un cieco fanatismo verso gli antichi errori avrebbe voluto con ogni sofisma ai vecchi errori incatenare la dottrina; senza avere neppure il merito di circondarsi di errori nuovi. Ci gode peraltro l' animo che i penalisti della giovine Francia si lancino a redimere la patria loro da tali pastoje. Il signor Fursac, degno alunno dello illustre Professore Molinier, astro brillante della facoltà di Tolosa, nella sua dissertazione che ha per titolo *la complicité,* pubblicata a Tolosa il 1875, ad onta delle consue-

Digitized by Google

tudini Francesi e della legislazione colà vigente, non ha esitato di farsi a combattere recisamente la ingiusta dottrina della parificazione. In faccia a questa potrebbe dirsi veramente non esistere una teorica della complicità, perchè tutta sommersa in un draconismo fatale, mentre la giusta apprezzazione delle varietà ontologiche che si incontrano nelle singole forme della complicità porta a costruire sulla doppia base dei fatti e della ragione una dottrina elegante ad un tempo e inserviente in modo mirabile ai precetti della umanità ed ai bisogni della tutela giuridica. Fursac si propone l'obietto tante volte ripetuto in Francia che la partecipazione di più colpevoli in un delitto denota una specie di società la quale impone che uguale responsabilità pesi su tutti gli agenti che si sono volontariamente esposti alle conseguenze del delitto col contribuirvi. E questa vana asserzione respinge col distinguere fra corresponsabilità in *genere* e corresponsabilità *uguale*. Può ammettersi che dalla consociazione nasca la prima, ma non avvi principio per il quale ne derivi la *uguaglianza* della corresponsabilità. E ciò d'altronde mostrasi falso dal giudizio sperimentato degli stessi malfattori, i quali riconoscono in tutti i partecipi il diritto a prender parte al bottino; ma non si adatterebbero a riconoscere in tutti un diritto *uguale*, e trovano giusto che alcuno di loro abbia un lucro maggiore degli altri, o per il pericolo maggiore che assunse, o per la sua speciale capacità, o per la sua più energica ed efficace cooperazione. Passa poi lo scrittore all'altra obiezione, magnificata dagli avversari nostri fino alla nausea, desunta dallo interesse pubblico di intimidire i complici nella veduta che uno scellerato non ne trovi; e qui risponde innanzi tutto mettendo a nudo il sofisma che confonde la *giustizia* della pena con la sua creduta *utilità*. E poi ritorce l'argomento anche nel senso utilitario osservando che la disuguaglianza nella pena genera la diffidenza tra i facinorosi, e rende più difficile che trovisi fra loro chi voglia assumere la parte di agente principale quando ciò non possa farlo senza suo pericolo maggiore. La prima vittima

Digitized by Google

di siffatto sistema è la società stessa la quale difficilmente può godere il benefizio delle rivelazioni dei complici se a ciò non li alletta la speranza di pena minore mercè la disuguaglianza della penalità. Finalmente affronta Fursac il grande obietto dello assentimento universale, recato innanzi in base al diritto Romano, feudale, consuetudinario, ed alle ordinanze; e coraggiosamente la rompe col fanatismo della autorità storica, mostrandone il poco valore quando trovasi in conflitto coi principii della ragione; e giustamente riprovando lo andazzo nel quale si gettarono inconsultamente i giuristi del risorgimento quando ciecamente accettavano come verità i più assurdi principii, non perchè trovassero ragione di far plauso loro, ma soltanto perchè li trovavano insegnati da uno od altro Giureconsulto. Laonde il vizio della cieca reverenza, che giustamente si simprovera a certi legislatori moderni, risale appunto anche ai costumi ed ai giuristi precedenti. Un errore non cessa di essere errore quando tale è mostrato dalla ragione perchè sia stato ripetuto più spesso che un altro. Del resto osserva con grande verità che la vantata concordia dei giureconsulti Romani nella dottrina della parificazione è tutt' altro che costante, e naufraga invece fra innumerevoli eccezioni. È dunque temerario pretendere che i giureconsulti Romani cogliessero sempre nel segno in tema di filosofia penale; ed è temerario asserire che essi fossero unanimi e costanti nello adeguare in faccia alla pena l' autore del delitto ed il suo ausiliatore. Il criterio razionale del reparto della responsabilità è soltanto quello che procede sulla norma della maggiore o minore colpevolezza individuale, ed è gratuito asserire che se taluno fece meno per il delitto devesi questo alla vigliaccheria del suo carattere, anzichè ad una scelleratezza minore. Ma scelleratezza maggiore non si ha in fatto, e ciò basta. Ma quello che non è non si può supplire con odiose supposizioni. Insomma il lavoro del giovine Avvocato di Tolosa è una confutazione completa dello sbagliato sistema francese, ed a noi piace di invitare gli alunni nostri

Digitized by Google

ad erudirsi ai desertori di quella dottrina intorno agli equivoci sui quali fu edificata.

§. 473.

Esige dunque giustizia che contro l' *ausiliatore* si diriga una imputazione *minore* di quella che si applica all' autore principale (1).

(1) Quantunque la Ordinanza di Blois all' art. 194 dettasse imperiosamente il precetto della parificazione nella pena, non mancò anche fra i vecchi giuristi Francesi chi guardasse quel precetto come troppo severo: Henry *Oeuvres livre 4, chap.* 123. Ma modernamente si è preteso giustificarla con uno scherzo (come ho detto alla nota del §. 434). Cosa vi è d' ingiusto (si è esclamato) che la legge *associ nella pena* coloro che si sono associati nel delitto. Ecco la foggia di argomentazione che spesso decide delle vite umane!

§. 474.

Tale imputazione si gradua sul criterio della maggiore o minore *influenza* che l' ausilio esercitò sulla consumazione. Di qui la distinzione dell' ausilio in *prossimo* e *remoto* (1); analoga alla consimile distinzione del conato. Il più spesso la partecipazione agli atti di esecuzione costituirà l' ausilio *prossimo:* la partecipazione agli atti *preparatorii* costituirà l' ausilio *remoto*. Dico il *più spesso,* perchè talvolta l' ausilio anche negli atti preparatorii può lasciare un *resultato materiale* che poi figuri nei momenti della consumazione; per lo che ravvicinandosi a questi l' atto del complice può presentare tale influenza

Digitized by Google

da doversi considerare come ausilio *prossimo:* per esempio, la manipolazione del veleno è atto preparatorio; ma chi scientemente preparò il veleno all' avvelenatore pare a me ausiliatore prossimo, perchè il *risultato* del suo atto ha figurato in modo efficace tra i momenti della consumazione. Questo ravvicinamento del risultato materiale del fatto preparatorio alla consumazione, vi accosta giuridicamente la persona di chi lo eseguì dolosamente a cotesto fine, quantunque l' atto (dolosa preparazione del veleno) abbia la natura dei preparatorii, e quantunque sia discosto e per una lunga serie di momenti intermedii (per un intervallo forse di mesi) dalla consumazione del veneficio.

(1) Wolthers *de auctoribus, sociis et fautoribus delictorum, pag.* 117, *Groningae* 1823.

§. 475.

Ripeto che cotesto confronto rilevantissimo della differente gravità politica degli atti preparatorii nel conato e nella complicità, è una ulteriore riprova della esattezza della formula da me adottata, quando affermai che il vero criterio scriminativo degli atti preparatorii nel conato, non è già la mera possibilità del pentimento (la quale si accomuna ad ogni attentato) ma bensì la mancanza di univocità. È sempre una questione di *scienza.* Nel tentativo la impossibilità di *sapersi* dai terzi la vera direzione di quelli atti li scrimina quando non furono susseguiti da atti ulteriori. Nella complicità la *scienza* nel complice della loro destinazione aggiunge al concorso

Digitized by Google

fisico il concorso morale. E se gli atti preparatorii furono susseguiti da atti ulteriori, colui che partecipò a quelli è indubitatamente imputabile; e lo è talvolta al massimo grado al quale possa salire la imputazione dell' ausilio. Questo massimo grado d' imputazione nell' ausilio, che può talvolta spingersi fino alla parificazione della pena per eccezione alla regola generale, è quello che si riscontra nel complice *necessario*. Complice necessario dicesi quello che concorse all' azione con atto tale che senza il medesimo non si sarebbe potuto consumare il delitto. Sarà assai difficile in pratica l' applicazione di questa formula, ma è la sola giusta. Bisogna però guardarsi dall' intenderla in un modo concreto, perchè quando un fatto è avvenuto tutte le circostanze che vi concorsero concretamente possono assumere il carattere di imprescindibili da quella data forma di fatto: ma ciò non basta come ho già sopra notato a dirle necessarie alla forma generica del delitto (1).

(1) Quando Tizio uccise il nemico con un coltello che gli era stato dolosamente somministrato da Cajo si vorrà dire che Cajo fu complice *necessario*, perchè quel fatto *speciale*, cioè l' omicidio con *quel coltello*, era impossibile se Cajo non aveva dato il coltello. Per siffatto modo sofistico tutti i somministratori di strumento che hanno servito a quella speciale forma criminosa sarebbero sempre complici necessarii. Ma questo è un errore. Su tale concetto fu esplicito, ed esattissimo, secondo il suo costume, Berner (*Elementi di Diritto penale, titolo 3, della complicità*, §. 107) osservando che la *necessità* deve guardarsi non sotto il punto di vista concreto ed accidentale, ma sotto il punto di vista *astratto;* lo che il Berner esprime con la formula *deve*

Digitized by Google

derivare dalla natura del delitto. Così nella bigamìa, nello incesto, nell' adulterio, nel duello, nella corruzione, e nella subornazione, il delitto non può consumarsi senza il concorso dei due partecipi: e qui veramente la complicità è *necessaria.* Ma in altri casi non può dirsi altrettanto. Un brigantaggio, una cospirazione, e simili, hanno bene bisogno di una quantità di persone ma non può dirsi che ogni individuo che ha partecipato alla rapina o alla congiura fosse *necessario* al delitto per guisa che senza il concorso di lui il delitto non potesse consumarsi. In questi casi il concorso è (secondo il linguaggio di Berner) meramente facoltativo. Quando nella parte generale del corso si espone la teoria della complicità non si guarda che il concorso *facoltativo.* Il concorso *necessario* cade in esame nei relativi delitti speciali. Malgrado queste difficoltà si è giudicato che la questione se la complicità fu necessaria, è questione di *fatto,* e non di *diritto:* Cassazione di Palermo 2 maggio 1865.

§. 476.

Quando la partecipazione materiale al delitto altrui fu *susseguente* all' atto consumativo, si deve distinguere: o cotesta opera era stata dal partecipe *promessa* all' esecutore del delitto *precedentemente* alla consumazione del medesimo; o *non era stata promessa.* Se era pattuita precedentemente, l' atto fisico di partecipazione, benchè materialmente posteriore alla esecuzione, costituisce un *ausilio* e ne corre le regole (1). Nè vale in tal caso l' obietto che un atto posteriore non possa essere *causa* dell' atto anteriore; perchè l'ausilio, sebbene abbia avuto esistenza *materiale* solo dopo il delitto, ebbe per altro, mercè il patto, una esistenza *intellettuale* antecedente. E questa influì, o potè influire, sulla de-

Digitized by Google

terminazione criminosa dell' autore fisico; il quale potè con facilità risolversi (per modo di esempio) ad uccidere, perchè reso certo che l' altro lo avrebbe aiutato a seppellire il cadavere della vittima. Onde a ragione in questi partecipanti, che alcuni chiamarono *fautores ex compacto,* per distinguerli dagli altri che dissero *fautores accidentaliter,* si riconoscono i caratteri di vera complicità. La efficienza *fisica* nel fatto loro fu posteriore: la efficienza *morale* fu anteriore.

(1) Che la promessa del favoreggiamento *posteriore* al delitto, quando è data *anteriormente* costituisca vera complicità, lo espresse il Bartolo con la elegante formula *quia spes data ad evadendum est auxilium ad committendum.* Del resto la idea che il favoreggiamento posteriore non costituisse per regola complicità fu intesa anche dagli antichi Dottori: Bartolo *in leg.* 3 *si quis ff. ad S. C. Sil.* — Angelo *de maleficiis, in verbo et Andream, num.* 5 — Placa *lib.* 1 *delictorum, cap.* 16, *n.* 15. — Richter *velitationes academicae velit.* 40 *de homicidio pag.* 802, *Ienae* 1667.

§. 477.

Qui cade in acconcio una osservazione tralasciata dai teorici e non sempre bene avvertita nella pratica. Ed è che la qualità da attribuirsi al partecipe o di *correo* o di *coautore* o di semplice *ausiliatore;* come pure la qualità di ausiliatore *prossimo* e di ausiliatore *remoto* non possono definirsi sul mero criterio del *fatto* costituente la partecipazione posto in rapporto col *fine* al quale tendevano i colpevoli; e così non possono ricevere una definizione *costante*

Digitized by Google

a priori: ma devono definirsi sul rapporto che il fatto costituente la partecipazione ha col *titolo* emerso dal contesto dell'azione, e che poi si obietta nel giudizio contro i condelinquenti. I più associati a delinquere tendono sempre ad ottenere la *consumazione* di un reato che sodisfi alle loro malvagie passioni; ma non sempre giungono a commettere un delitto consumato; nè sempre si assidono sulla panca dei giudicabili sotto la imputazione di un *delitto perfetto.* Spesso il desiderato evento non conseguì all'opera scellerata; ed allora i più compartecipi sono chiamati a rispondere di *delitto mancato,* oppure di *delitto tentato,* secondo i casi. In vista di tali eventualità bisogna avvertire che la qualità da attribuirsi al partecipe non è ancora definibile in modo certo quando esso ha *compiuto quella frazione di atti* che costituivano la sua partecipazione. Non può (voglio dire) decidersi a questo momento se costui, il quale ha esaurito la sua opera criminosa, dovrà poi imputarsi come *correo* o come semplice *ausiliatore.* Per definire ciò bisogna aspettare; bisogna vedere ciò che fecero dopo di lui i suoi compagni, e sapere se per quest'opera successiva, alla quale il partecipe non più intervenne, si sviluppò una accusa di *delitto consumato,* oppure una accusa di *delitto tentato.* Se ne sorse una accusa di delitto *consumato* quel partecipe rimarrà sempre un *ausiliatore:* ma se ne sorse l'accusa di delitto *tentato* quel partecipe potrà, nei congrui casi, essere tenuto come *correo* nel *tentativo* (1). E ciò quantunque in entrambo i casi la subiettività materiale della partecipazione sia ontologicamente la identica.

Digitized by Google

(1) Gli effetti di questa osservazione sono sensibili in pratica. Ponete che la legge disponga doversi la pena diminuire della metà per lo ausiliatore: e poi disponga doversi la pena diminuire dalla metà in caso di tentativo. Ora si faccia una ipotesi. Pietro e Carlo si accordano di commettere un furto in mia casa. Carlo ha bisogno dell' ajuto di Pietro per rendere aperto l' uscio di ingresso, essendo Pietro un abile fabbro ferrajo. Ma Pietro non può dimorare fuori di casa lungo tempo nella notte perchè sorvegliato. Si conviene dunque che Pietro andrà con Carlo a rendere aperto l' uscio, e poi si rimetterà veloce al domicilio. Carlo si introdurrà solo in mia casa e aspettando l' ora opportuna consumerà il furto dei valori desiderati. E in coerenza di questo accordo si agisce. Pietro e Carlo si sono recati al mio domicilio e *conjunctis viribus* hanno aperto violentemente il mio uscio: Carlo si è introdotto, e Pietro si è restituito al suo domicilio per non essere sorpreso in disobbedienza al precetto. A questo momento potete voi definire se Pietro sarà *correo* del delitto che resulterà; o se ne sarà sempre un semplice *ausiliatore*, cosicchè la sua pena sia certo dovere essere in qualunque caso la *metà di quella che incontrerà Carlo?* No: voi non lo potete giudicare a questo momento. Se Carlo *consumerà* il furto pel quale (a modo di esempio) meriti la pena di otto anni, Pietro non sarà che *ausiliatore* e meriterà quattro anni. Ma se invece Carlo fu sorpreso in mia casa e non potè consumare il furto, Pietro dovrà dirsi *correo del furto tentato*, e si dovrà irrogargli *pena uguale* a quella di Carlo, cioè i quattro anni stabiliti pel tentativo di furto. Così Pietro riceverà condanna di quattro anni nel primo caso come ausiliatore del furto *consumato;* e riceverà quattro anni nel secondo caso come correo del furto *tentato*. Se al contrario fosse determinata a priori la qualità di ausiliatore in Pietro, lo effetto sarebbe che dimidiata la pena di Carlo a causa della degradante del *tentativo* e ridotta a quattro anni, e dimidiata poi di nuovo la pena di Pietro a causa della degradante dell' *ausilio*, non potrebbero infliggersi

Digitized by Google

a Pietro che soli due anni. La differenziale è incontrastabile. Ma la oscillazione dello addebito di Pietro fra la qualità di *correo* e la qualità di *ausiliatore*, è una necessità della legge *ontologica:* perchè quello identico fatto il quale in faccia al reato *consumato* è un semplice *ausilio*, può essere in faccia al reato *tentato* un elemento materiale di correità. La obiettività giuridica del delitto perfetto è il *danno;* e a questo non porse Pietro che un semplice *ausilio*, perchè non partecipò alla *consumazione* del danno. La obiettività giuridica del conato è il *pericolo;* e rispetto a questo deve guardarsi Pietro come *correo*, perchè partecipò alla *consumazione* di quei momenti di fatto che creavano il *pericolo* attuale del diritto aggredito.

§. 478.

Se poi la partecipazione non ebbe esistenza nè *intellettuale* nè *materiale* precedentemente al delitto: ma sì la *idea* come l' *azione* del terzo furono posteriori, allora si deve di nuovo distinguere. O l'atto posteriormente concepito ed eseguito ebbe per *unico fine* di *sottrarre* il delinquente *alle persecuzioni della giustizia:* o ebbe anche *il fine di portare* il delitto a *conseguenze ulteriori.* Nel primo caso non può parlarsi di *complicità.* Sorge un titolo nuovo di reato di per sè stante; che dicesi *favoreggiamento,* e che è un delitto *sui generis* (1) che ha per obietto la pubblica giustizia. Il diritto che l' autore di questo fatto intendeva violare, e quello che effettivamente violò, non era (a modo di esempio) il diritto che il soggetto passivo del delitto aveva alla vita od alla integrità delle membra. Questo diritto era ormai violato dall' autore del reato. Il diritto che il *fautore* volle violare e violò, fu un diritto *universale.* Fu il diritto che tutti i cittadini

Digitized by Google

hanno di vedere rispettata con effetto, non elusa e conculcata la pubblica giustizia.

(1) Anche Berner (*Elementi di Diritto penale tit.* 3, §. 107) segue la comune dottrina odierna che nel favoreggiamento riconosce una figura criminosa distinta dal delitto principale: ma avverte però questo essere vero in ordine alla *nozione*. In quanto alla *pena* osserva non potersi prescindere da un riguardo alla diversa qualità del delitto principale a cui si è adeso il favoreggiamento; e avverte che questo metodo (suggerito da Bauer nel suo trattato *vol.* 1, *pag.* 464) fu adottato dai codici di Sassonia 1838 art. 38, e 1853 art. 61; di Wurtemberg art. 90; di Darmstadt art. 89; di Baden §. 143; di Annover art. 75; di Turingia art. 36 e 37; di Prussia art. 38; di Austria art. 6.

§. 479.

Ma se l'atto, quantunque tutto posteriore, cadde intorno un reato non del genere degli *istantanei*, ma di quelli che diconsi *successivi* perchè ammettono *prosecuzione* nella offesa al diritto principalmente attaccato, ed ebbe per fine di agevolare questo delitto nella sua *prosecuzione* e di fatto lo *proseguì*, io penso che debba sempre parlarsi di vera complicità anche nell'atto posteriormente concepito ed eseguito (1).

(1) Ammessa questa dottrina diviene grandissima la utilità della distinzione fra delitti *istantanei* e delitti *successivi*, che tranne ciò è di poco interesse.

Digitized by Google

§. 480.

In cotesto caso l'atto è posteriore alla *violazione della legge* e del diritto, ma non posteriore allo esaurimento *dell' azione*. La legge ed il diritto erano sempre *suscettibili di essere violati* in quell' identico soggetto passivo del primo delitto: e se l'atto posteriore alla prima violazione rappresenta egli medesimo una *seconda violazione* della stessa legge e dello stesso diritto, il fatto deve definirsi e misurarsi dalla offesa recata a questo; non dalla offesa alla giustizia, alla quale l'agente non intendeva (1).

(1) Vedasi il mio discorso *sulla ricettazione dolosa di cose furtive* (*Opuscoli vol.* 3, *opusc.* 43) e il codice del Brasile art. 126, §. 1. Pacheco (*estudios de derecho penal, leccion* 13, *Madrid* 1854) accennò alla *irreparabilità* del delitto consumato, come a criterio della nozione del *favoreggiamento*. Ma non spinse a risultato cotesta osservazione: nè la distinzione fra reato *irreparabile* e reato *reparabile* può essere guida sicura per discernere i *fautori* del delitto dai *continuatori*. Il criterio unico esatto è quello della *continuabilità*, o *non continuabilità* della violazione del diritto; poichè è questa che dà al delitto la indole *successiva*, e porge agli atti *posteriori* la identità di *obietto* con gli anteriori consumativi. La idea di questa distinzione trovo che si era rivelata anche al Mommaerts (*de criminum fautoribus, pag.* 22, *Lovanio* 1827, e che ei l'accettava senza per altro svolgerla — ivi — *Nam qui rem furtivam celat atque recipit non solum aliquatenus id efficere potest ut crimen impunitum maneat: sed etiam receptatores rerum furtivarum impediunt quominus res ablatae domino restituantur. Ideoque* damnum ejus, atque delictum furis quasi

Digitized by Google

continuant. *Eo magis ii puniendi videntur si in lucro participent, quod plerumque fieri solet.*

§. 481.

Le antiche scuole confusero nella complicità indistintamente *tutti* i fatti *posteriori* ad un delitto; ed anche quelli che non potevano avere altro *fine*, tranne di procacciare al colpevole la impunità. Questo fu un errore. Colui che seppellisce la vittima di un omicidio senza avere precedentemente promesso questa opera al micidiale, non può dirsi complice dell' omicidio. Alla prima violazione era costui estraneo sì moralmente che materialmente. Il diritto di quell' infelice alla vita non era più suscettibile di essere violato; nè lo violava per certo colui che dava sepoltura alla fredda salma. Trovare l' *obietto* di tale delinquenza nel *diritto alla vita* di quell' infelice, era l' istesso che dare per obietto ad un reato un diritto non più esistente, non più suscettibile di essere offeso, ed effettivamente *non violato* dall' atto posteriore.

§. 482.

Le scuole moderne corressero cotesto errore, distinguendo il *fautore* dall' *ausiliatore*. Ma io penso che trascendessero nella correzione quando, senza distinguere tra reati *istantanei* (mi valgo della formula di Ortolan) e reati che *continuano la violazione del diritto* (detti già da Jousse *successivi)* e senza distinguere *fine* da *fine*, gittarono nella classe dei *favoreggiamenti* tutti gli atti che senza patto anteriore si potevano porre in essere *dopo* il

Digitized by Google

delitto. Colui che per *fine di lucro* scientemente dà opera a liquefare l' argenteria che a me è stata rubata, affinchè il ladro possa giungere all' ultima meta del suo delitto (cioè la propria locupletazione) non aiuta il ladro a ingannare la giustizia, ma a *compire* la violazione della mia proprietà. Costui viola il mio *diritto di proprietà,* che malgrado il furto è tuttavia saldo e vivace; e da questa violazione deve desumersi la misura della sua imputazione. Tale almeno è la mia opinione conforme a quella dei criminalisti italiani fino ai dì nostri, e dei criminalisti francesi anche modernissimi.

§. 483.

In una parola la essenza materiale della *complicità* sta in questo — che l' atto cui vuole applicarsene la nozione sia stato *causa della violazione del diritto* da cui tragge il suo titolo l' azione principale. Se l' atto interviene quando il diritto *non era più violabile,* è repugnante ravvisarvi un atto di complicità; e non può perseguitarsi che come delitto isolato secondo i suoi *fini* ed *effetti.* Ma quando il diritto *era sempre violabile,* e l' atto sopraggiunto *dopo la prima violazione* lo ha realmente *offeso di nuovo;* e il *fine* dell' agente era appunto diretto contro questo diritto (come è evidente in colui che dolosamente ricettando l' oggetto furtivo porta l' avida mano sulla cosa altrui per farne lucro) quest' atto, se non può dirsi *causa* della prima violazione già esaurita, può bene dirsi *causa,* come *realmente* lo è, di una violazione ulteriore recata al diritto di proprietà. È una *prosecuzione* (come acu-

Digitized by Google

tamente osservò Trébutien) della prima offesa; ed è atto di complicità.

§. 484.

Sicchè riepilogandomi, dovrebbero, a mio parere, dividersi i partecipanti al delitto altrui in cinque categorie — 1.ª i *motori:* che possono essere o *esclusivi,* o *concomitanti* — 2.ª gli *autori:* ai quali si assimilano i *coautori,* o *correi* — 3.ª gli *ausiliatori:* che possono essere o *prossimi,* o *remoti;* o *necessarii,* o *accidentali* — 4.ª i *continuatori* — 5.ª i *fautori* (1). La *ricettazione,* come titolo *speciale* costituito dalla *abitualità* del ricovero di cose o persone, non ha alcun nesso col delitto principale. Tanto è ciò vero, che per alcune giurisprudenze per avere questo titolo di delinquenza non sempre è neppure necessaria la verificazione di un delitto consumato.

(1) La questione se il fautore in territorio estero di un delitto commesso fra noi possa essere giudicato da noi, la trattò Scarlatino in un suo consiglio, che trovasi fra i raccolti dallo Ziletto *vol.* 1, *cons.* 112.

4.°

Anomalie *della imputazione nella complicità.*

§. 485.

I principii fondamentali di giure penale sono assoluti (1). E appunto perchè sono assoluti, le *regole applicative* variano con le modificazioni dei fatti:

Digitized by Google

perchè la regola applicativa deve sempre obbedire al principio, e non questo arrendersi a quella.

(1) La fede in questa verità costituisce la differenza fra la dottrina penale *scientifica* e la sedicente dottrina penale *empirica*. I seguaci di questa falsa dottrina degradano il giure penale fino al punto di chiamarlo una *terapeutica*, e ne fanno un' arte sperimentale senza convenienza nè alla filosofia giuridica nè alla logica.

§. 486.

È principio assoluto che la imputazione si misuri sulla ragione composta della forza morale e della forza fisica del delitto. Come altrettante deduzioni di cotesto principio noi trovammo le regole secondo cui la imputazione del mandante, del socio, del consigliere, del correo, o dell' ausiliatore, si gradua proporzionatamente a quella dell' autore principale, secondo il più o meno che la complicità presenta nelle respettive sue forze fisica e morale. Ma tali regole di proporzione presuppongono lo *stato ordinario* e normale del respettivo concorso delle volontà o delle azioni.

§. 487.

Ora questa normalità può sparire ogni qualvolta intervenga una modificazione, o nei rapporti che legano i partecipanti tra loro, o nei loro rapporti con la legge penale. Ciò può verificarsi in tre modi diversi — 1.° ove non sia stata *coerenza perseverante tra le volontà* degli agenti — 2.° ove sia mancata la *coerenza dell' azione alla volontà* del parteci-

Digitized by Google

pe — 3.° ove non siavi *coerenza nella posizione giuridica delle persone.* A completare la teorica rimane si spieghino questi tre casi di possibile modificazione. Ricorderemo con Tissot l'aurea regola in materia penale, quanto più si distingue più siamo certi di amministrare giustizia.

§. 488.

Primo Caso — Cessazione di coerenza *nelle volontà* — La *coerenza della volontà* dell'autore con la volontà del suo complice, e viceversa, deve avere in qualche momento esistito, altrimenti non vi sarebbe complicità (§. 432 e segg.) in nessun caso.

§. 489.

Ma l'*accordo* nato una volta fra i più malvagi, e che gli ha legati in un rapporto giuridico verso la legge punitiva, può essere rotto per una *mutazione* di volontà avvenuta in *uno solo* dei più consociati. E qui variano le regole secondo che tale resipiscenza è avvenuta, o nel delinquente *principale,* o nell'*accessorio.*

§. 490.

È impossibile sciogliere questo delicato problema senza procedere a distinzione di casi. Il principio fondamentale è uno solo: quello cioè che ciascuno dei più chiamati a rispondere di un delitto se può essere imputabile anche del fatto materiale non suo, non può essere imputabile se non a misura dello

Digitized by Google

stato d'intenzione che fu suo proprio. Il dolo è eminentemente individuale; ma il dolo una volta che può ravvisarsi come causa impulsiva del fatto criminoso non è sempre necessario che sia concomitante alla consumazione del medesimo. Di queste verità trovasi nitida una nuova applicazione nelle varie regole che adesso andiamo ad esporre.

§. 491.

Se si è *pentito* colui che doveva essere *esecutore* del delitto, distinguesi. O si pentì *prima* di aver *nulla operato;* ed il suo pentimento giova al socio, all'ausiliatore, al mandante, in questo senso che non essendo intervenuto verun *atto esterno* di esecuzione manca il *fatto principale* su cui radicare la imputazione, e non può senza vizio logico parlarsi di *complicità,* cioè di *accessorio* a ciò che *non esiste.* L'accordo criminoso può tutto al più in certi casi imputarsi a colui che perseverò nel reo volere, come delitto di per sè stante.

§. 492.

O l'esecutore si pentì *dopo* avere già posto in essere atti esterni costituenti la materialità di un *tentativo:* ed allora quel tentativo potrà non essere imputato a colui che si pentì; perchè rapporto a lui si avrà un delitto rimasto imperfetto per causa volontaria (§. 391); ma sarà sempre il tentativo stesso imputabile all'altro, perchè rapporto a lui il pentimento dello esecutore è un fortuito *indipendente dalla sua volontà,* ed anzi contrario a quella.

Digitized by Google

§. 493.

Se poi il pentimento non si verifica nell' esecutore, ma nel *mandante*, nel *socio*, nel *consigliere*, o nell' *ausiliatore*, bisogna distinguere di nuovo.

§. 494.

O quel pentimento rimase *ignorato* all' esecutore; il quale condusse a termine il delitto in coerenza al primitivo accordo: ed allora il pentimento nulla giova a scusare il partecipe, come nulla giovò ad impedire la esecuzione del delitto alla quale egli avea dato valido impulso.

§. 495.

O quel pentimento fu *conosciuto tempestivamente* dall' esecutore; il quale, malgrado conoscesse la variata volontà del suo compartecipe, perseverò per conto proprio, e condusse a fine il delitto: ed allora, per regola, il solo responsabile rimane l' esecutore.

§. 496.

Siffatta regola però si fonda sul concetto che il delinquente accessorio comunicando *tempestivamente*, sebbene non utilmente, il suo variato consiglio all' esecutore, abbia *distrutto* per parte sua tutti gli *effetti* del suo primo disegno, e dell' accordo primitivo. Perciò ove tale supposto cessi, ella è necessità logica riconoscere la perseveranza della imputabilità

Digitized by Google

nel partecipe, ad onta del suo pentimento e della manifestazione tempestiva di cotesto pentimento.

§. 497.

Ciò accade quando il partecipe abbia *ajutato ai primi atti delittuosi*, o *dato istruzioni*, o *somministrato mezzi* che poscia abbiano effettivamente servito a consumare il delitto. In simili fattispecie il primo atto malvagio del partecipe che ebbe efficienza sul delitto, non può essere cancellato mercè il secondo atto di resipiscenza, che non fu efficiente ad impedirlo. La imputabilità resta malgrado cotesto futile pentimento, a meno che il partecipe non abbia spinto la sua resipiscenza fino al punto di agire con ogni suo possibile per impedire il delitto.

§. 498.

Secondo Caso — Mancata *coerenza dell' azione alla volontà* — Ciò avviene quando l' esecutore del delitto produce un effetto più grave, e viola un diritto più importante di quello previsto dai suoi partecipi. L' ordine del mandante, le istigazioni del consigliere, gli accordi del socio, i preparativi dell' ausiliatore, tendevano (per esempio) al semplice ferimento dell' inimico: l' esecutore lo ha ucciso: saranno gli altri responsabili dell' omicidio (1)?

(1) La piena responsabilità dell' eccesso si sostenne da molti: Bohemero *elem. sect.* 2, *cap.* 16, §. 215, *Mutinae* 1769 — Matteo *de crim. lib.* 48, *tit.* 5, *n.* 3 — Bergero *œconomia juris* 3, 5, 36; *et* 3, 11, 12 — Eisenhart

Digitized by Google

opusc. opusc. 4, *de vera criminis socii notione*, §. 21, *pag.* 67, *Halae prope Salam* 1771 — Carpzovio *practica pars* 1, *quæst.* 4, *n.* 17. Combattè energicamente tale opinione il Puttmann *opusc. crim. op.* 1 *de excessu ejus qui aut verberatio aut vulneratio alicujus mandata est mandanti haud imputando.* Assai diversa dalla questione dello *eccesso* del mandatario è la questione dello *errore* del mandatario. Carlo commise a Pietro di uccidere Luigi. Pietro sbagliò e alla vece di Luigi uccise Lorenzo. La questione in questa forma si accennò dallo Esbach *ad Carpzovium pars* 4, *constitut.* 6, *pag.* 606. Carlo ingiunse a Pietro di rubare nella mia stalla il cavallo. Pietro sbagliò ed alla vece del Cavallo rubò l' Asino. Carlo ingiunse a Pietro di rubare una pecora dal mio branco: Pietro sbagliò e rubò una pecora dal gregge di Antonio. In quest' ultima forma è singolarissimo e più complicato il caso proposto dal Pileo *quaestiones aureae* 134, e dallo Harpprecht *diss.* 67, *n.* 86, 87, che da me si accennò nelle mie *lezioni sul grado nella forza fisica del delitto* §. 367 *alla nota,* ove si configurò la ipotesi di un delitto eseguito per errore del mandatario a *danno dello stesso mandante.* Prescindendo da questa ultima considerazione, che è oltremodo perplessa, in tutte le altre ipotesi il dubbio conduce ad esaminare quale sia la efficacia rispetto al mandante dello equivoco pel quale il mandatario abbia violato il *diritto astratto* che precisamente voleva fosse violato il mandante, ma abbia violato un diverso *diritto concreto.* È indubitato che il mandante *non voleva* si uccidesse *Lorenzo; non voleva* si rubasse l' *Asino; non voleva* si rubasse *a me.* Dunque qui non è questione di *eccesso;* è questione se la intenzione genericamente diretta ad un delitto renda responsabile di altro delitto identico nella *natura,* ma non identico nella *specie* che lo esecutore commise. Se Carlo, quantunque per equivoco, eseguì *egli stesso* l' azione, lo errore di fatto non gli giova perchè non è *sostanziale;* e il dolo generico congiunto alla azione di Carlo completa a suo carico la responsabilità del

Digitized by Google

delitto avvenuto. Ma quando l'azione difforme non provenne dalla mano di Carlo questi parrebbe non dovere essere responsabile di un evento al quale non concorse nè con la *volontà* nè con l'*opera*. Questa benigna soluzione peraltro non è immune da difficoltà perchè in fine dei conti la causa del delitto avvenuto fu unicamente il mandante. Vedasi anche il §. **2237** e la nota.

§. 499.

Due principii vengono a conflitto. Da un lato si obietta che quei partecipi avendo influito sul mettere in moto il braccio dell'autore fisico del delitto, sono in certa guisa *cause* di questo. Dall'altro si oppone che non può esservi mai responsabilità penale in ragione di dolo dove non ricorre la *volontà*.

§. 500.

Il conflitto si dirime distinguendo fra *eccesso* nei *mezzi*, ed *eccesso* nel *fine:* distinzione posta in luce da Carmignani ed elogiata da Romagnosi nelle sue lettere al Professor Valeri, e che inesattamente qualche contemporaneo vorrebbe invece attribuire a Romagnosi (1).

(1) Piuttosto potrebbe dirsi esservene traccia in qualche antico pratico, per esempio nel Grantius *defensio inquisitorum pars* 2, *pag.* 120, *n.* 147, *Francofurti et Lipsiae* 1718, e nel Riminaldo al *Cons.* 420, *vol.* 4, ove allega Baldo, Imola, Iasone e Felino.

Digitized by Google

§. 501.

Si ha *eccesso* nei *mezzi* quando l' esecutore ha usato *mezzi diversi* da quelli concertati coi partecipi: il disegno comune era di usare il bastone; e l' esecutore si valse di stile. In questo caso la responsabilità pesa tutta sull' autore dell' *eccesso;* unica causa del più grave risultamento (1).

(1) Quando si dice mezzi *diversi* non si intende di richiedere assolutamente una diversa *natura:* la differenziale che esonera il mandante può essere anche nella *qualità* e *quantità,* come se il sicario siasi valso di un bastone più grosso di quello somministratogli, o di piombo più grosso, e simili, o abbia amministrato venti grani di oppio in luogo di propinarne soltanto i tre che gli era stato commesso pel fine di cagionare un sonno innocuo: e da quella variazione sia derivato lo evento letale. Del resto su questo grave problema vedasi anche ciò che dico nella seconda parte della nota a §. 1420.

§. 502.

Si ha *eccesso* soltanto nel *fine* quando sebbene i *mezzi* adoperati fossero quei medesimi che si *volevano da tutti,* produssero però un effetto più grave di quello previsto. In simil caso se l' effetto più grave nacque per conseguenza naturale del fatto, o per semplice *colpa* dell' esecutore, la responsabilità si comunica: perchè quantunque i partecipi non prevedessero nè volessero quel fine, pure vollero *dolosamente* quei mezzi che *per natura loro* produssero il risultato più atroce. Ciò li rende respon-

Digitized by Google

sabili del *titolo più grave* (1) sebbene però non valga a trasportare la qualifica del *dolo di proposito* dal caso previsto e voluto al titolo non previsto nè voluto.

(1) Questa soluzione si è criticata come troppo severa da Holtzendorff nel suo *Manuale di diritto penale tedesco* alla *parte* 10.ª (che è di Geyer) *sezione* 3.ª §. 33, *pag.* 397, *vol.* 2.° *nota* 1, pubblicata a Berlino nel 1871, dove espressamente prende a confutare questo punto del mio *Programma*. Io non feci che esporre la dottrina di Carmignani e di Romagnosi, la quale ormai era stata tranquillamente accolta nelle nostre scuole e nel nostro foro. Ma veramente questa dottrina ha bisogno di essere completata aggiungendo in quanto alla ipotesi dello eccesso nel fine la condizione della *prevedibilità*: perchè quando lo eccesso non fosse al tutto prevedibile quantunque fosse solo eccesso nel *fine* senza eccesso nei *mezzi*, la corresponsabilità del complice sarebbe troppo severa. Bisogna (dice Geyer) *che in quanto all' eccesso si possa obiettare al complice un dolo almeno indeterminato*, o (come dicono i Tedeschi) un *dolus eventualis*. Vedi la nota 1 a §. 1197.

§. 503.

Se però l' eccesso, anche nel mero fine, provenne da *dolo speciale* dell' esecutore, egli solo ne è responsabile.

§. 504.

Nè si deve perdere di vista che le regole relative all' *eccesso*, le quali trovano congrua applicazione, nell' istesso genere di delinquenza, non procedono però nel tema di *delitti diversi*. In questa ben

Digitized by Google

distinta fattispecie sono costanti le regole di irresponsabilità stabilite di sopra (§. 435).

§. 505.

Terzo Caso — Mancata *coerenza nella posizione giuridica dei condelinquenti.* Le circostanze materiali inerenti al *fatto* criminoso si comunicano fra i più compartecipi al delitto. Le circostanze inerenti alle *persone* non si comunicano. La complicità non è mai accessione alla *persona,* ma al *fatto:* è *reale,* non *personale.* Questa regola è assoluta; ma sorgono difficoltà nella sua applicazione.

§. 506.

Vi sono delle circostanze così intuitivamente *personali,* che non può emergerne occasione di dubbio. La *minoretà,* l' *errore,* la *ebrietà,* il *sordomutismo,* la *demenza,* la *veemente passione* (1) di uno dei partecipanti al delitto, nessuno vorrà sostenere che comunichi il benefizio della scusa agli altri partecipi che si trovano in condizioni di piena imputabilità. Nè la *forensità* o lo stato di *recidivanza,* in cui versi uno dei colpevoli, potrebbe mai come ragione di aggravio portarsi a carico dei compagni, che non sono forestieri nè recidivi.

(1) È stato oggetto di elegante disputa fra i pratici il caso del marito che sorpresa in adulterio la propria moglie, comandi al figlio od al servo di ucciderla. Fanno valere a pro dell' esecutore la scusa che proteggeva il marito offeso Farinaccio (*quaest.* 121, *n.* 18) ed altri, per la ragione che

Digitized by Google

l'esecutore sapeva le conseguenze giuridiche del giusto dolore sul fatto che gli veniva comandato. Ne dubitò Harprecht *disp.* 1, *n.* 345. Vi si oppose Covarruvio *in epitome pars* 2, *cap.* 7, §. 7, *n.* 5; ove dopo avere confessato che questa è la comune dottrina degli scrittori, ne oppugna per altro la verità. E noi pure la crediamo meno vera. Soltanto ravvicinando questa ipotesi alla ipotesi del complice del figlio parricida, ci sembrerebbe che le due questioni volessero essere decise con un criterio uniforme.

§. 507.

Del pari vi hanno delle circostanze che sono così intuitivamente *materiali,* da non porgere occasione di dubbio circa la loro comunicabilità a tutti i partecipi. Lo *scasso,* la *scalata,* la *falsa chiave,* la *violenza,* ed altre circostanze materiali che abbiano servito di mezzo al furto, e che ne aumentano la quantità politica, non possono non essere comuni a tutti coloro che scientemente (1) presero parte al delitto così qualificato, benchè costoro non abbiano per avventura di propria mano operato essi la violenza o la effrazione. Coteste circostanze sono così unificate al fatto criminoso, che non se ne possono declinare le conseguenze da chi volle e coadiuvò il fatto accompagnato dalle medesime.

(1) Alla corresponsabilità basta la *scienza,* perchè chi vuole un fatto non può non volere i *mezzi coi quali sa* doversi eseguire il fatto stesso. Ma questa scienza deve essere o *precedente* o *concomitante:* non basta la *successiva.*

Digitized by Google

§. 508.

Tutta la difficoltà nasce in ordine a certe circostanze; le quali ben lungi dall' essere *reali,* sono propriamente intrinseche alla *persona;* ma pure influiscono sul *titolo* del reato. La *domesticità* nel ladro, dalla quale nasce il titolo di *famulato,* si comunica essa ai compagni non domestici? La qualità di pubblico *ufficiale* deteriora essa le sorti dei partecipi del falso commesso dal tabellione? La qualità di *figlio* nell' uccisore aggrava essa anche la responsabilità dei partecipi nel *parricidio?*

§. 509.

Quando coteste qualità meramente *personali, oltre* ad influire sul *titolo* (lo che può configurare una efficacia meramente *nominale*) o danno la *essenza* al nuovo reato, o ne furono *mezzo,* deve certamente farsene rinfaccio anche a coloro che nella propria persona non le avevano, ma che al fatto di chi le aveva parteciparono con scienza delle medesime; e così delle medesime profittarono. Quando niente di ciò si verifica, le opinioni sono divise (1); ma sembra soverchio rigore il comunicare un' aggravante a chi in sè non ne aveva la causa, per la mera ragione dell' ossequio alla nomenclatura.

(1) Carmignani insegnò la dottrina della *comunicazione.* Rossi acremente difese la *non comunicazione* dell' aggravante. De Molenés (*de l' humanité dans les lois criminelles, pag.* 549, *Paris* 1830) Boitard, Legrave-

Digitized by Google

rend, Chauveau et Hélie, ed altri, sono per la *incomunicabilità*. Bertauld (*dernière leçon pag.* 437) avverte che la dottrina è per la opinione più mite, e la giurisprudenza per la più severa, ma si decide per questa. Trébutien, dopo qualche esitanza, mostra propendere per la *comunicazione;* e si tranquillizza poi (*cours élémentaire de droit criminel pag.* 200) con avvertire che il giurì avrebbe ammesso pel complice non figlio le circostanze attenuanti. Così il sistema delle circostanze attenuanti, che lascia senza fisonomia la giustizia pratica, conduce all' indifferentismo sui principj scientifici; e si abbandona ai giudici la cura di farla da legislatori. Molinier (*Revue Critique vol.* 13, *pag.* 86) sostiene la parificazione della pena pel complice sì del parricida, come del notaro che abbia falsificato un pubblico documento. Ortolan (*éléments de droit pénal n.* 1284, 2.°) ammette che la dottrina corrente fra i teorici è quella della *non comunicabilità:* ma (*n.* 1285) egli si dichiara in massima per la *comunicabilità* tutte le volte che la qualità personale influisce, come diciamo noi, sul *titolo:* o, come egli dice, sulla *criminalità* del *fatto,* e non sulla sola *criminalità* della *persona.* Ne limita peraltro (*n.* 1286) la influenza per guisa da rendere sempre disuguali le sorti dei partecipi. Rauter spinse il suo rigore fino a dirci (*traité de droit criminel n.* 119) che il complice partecipa la responsabilità delle qualità personali dell' autore, ancorchè egli *le abbia ignorate!* Proposizioni che parrebbe impossibile si potessero leggere in un libro pubblicato ai nostri tempi, se questo ed altro non ci fosse spiegato con le tradizioni di Jousse, e di Vouglans, il grande nemico di Beccaria. Con ciò si bandisce il requisito dell' elemento *intenzionale* dalla complicità; e si cade nella più assurda contradizione. La *ignoranza* dei suoi rapporti personali con l' ucciso esclude il titolo di parricidio anche nello stesso figlio uccisore del padre, perchè quanto al parricidio è errore *essenziale:* e si osa sostenere che tale *ignoranza* non giova al complice! In sostanza questa grave divergenza dipende da due prin-

Digitized by Google

cipii che qui vengono a trovarsi in lotta fra loro. Il principio della *individuità del titolo,* che sembra comandare la comunicazione; e il principio della *individualità* (o *personalità*) *del dolo* che prescrive la non comunicazione. Il concetto di quei due principii è nitido, come è indispensabile l' antitesi dei respettivi effetti. Tutte le volte che in faccia al giudice compariranno più persone come partecipanti in uno stesso fatto criminoso potrà nascere la contingenza di una varietà nella individuale colpevolezza, a cagione della varietà che esiste o nelle respettive *intenzioni,* o nelle respettive *condizioni personali,* o nella respettiva *parte di azione.* In tutti questi emergenti è necessità che la intitolazione della accusa prenda la sua norma dalla forma più grave. Così divenendo assorbente il più grave titolo è questo che definisce l' accusa. Mevio e Cajo insieme si introdussero in casa mia per sottrarne oggetti: ma Mevio intendeva sottrarre per fine di lucro; mentre Cajo era mio creditore, e intendeva pagarsi di ciò che avanzava da me. L' accusa obietta il titolo di *furto.* Mevio e Cajo aggrediscono Luigi e con forze convergenti lo uccidono, ma Mevio era figlio di Luigi e Cajo no. L' accusa obietta il titolo di *parricidio.* Mevio e Caio aggrediscono un viandante, ma mentre Cajo dà opera a torre dalla vettura gli oggetti che vuole far suoi, Mevio spinge la mano sul viaggiatore e gli strappa l' orologio e la catena d' oro, e così consuma una *rapina.* L' accusa obietta il titolo di *rapina.* È evidente che in faccia a Mevio quel titolo di *furto* o di *parricidio* o di *rapina* è indeclinabile. Se il titolo è (come vuolsi sostenere da alcuno) *individuo,* anche Cajo dovrà respettivamente dichiararsi colpevole di *furto,* di *parricidio,* o di *rapina.* È questa la inesorabile conseguenza della *individuità.* Ma Cajo deduce il principio della *personalità del dolo,* e fondandosi nel primo caso sulla diversa *intenzione* dice che non commise *furto;* fondandosi nel secondo caso sul diverso *rapporto personale* dice che non è *parricida;* fondandosi nel terzo caso sulla diversa *parte di azione* dice che è reo di *furto* non di *rapina.* Ecco

Digitized by Google

l' antitesi di quei due principii nella sua nitida ma energica semplicità. Può tale antitesi riprodursi anche in molte altre forme criminose; per esempio per causa di una diversità di scienza. Mevio e Cajo per impeto subitaneo si diedero a percuotere donna incinta e ne conseguì l' aborto: Mevio *conosceva* lo stato di quella donna; lo *ignorava* Cajo. Il titolo di lesione gravissima in questo fatto ha il suo criterio essenziale nella cognizione dello stato di gravidanza (Art. 326, §. 1, lett. c del Cod. pen. Tosc.) e poichè il processo dimostra quella scienza in Mevio l' accusa obietta a costui il titolo di *lesione gravissima*, e non può fare altrimenti. Ma poichè il processo ha giustificato altresì che Cajo era affatto allo oscuro dello stato interessante di quella donna, costui deduce che il titolo rispetto a lui non può salire a questo alto grado poichè lo si renderebbe responsabile di un dolo che egli non ebbe. Ma l' accusa torna a ripetere che il titolo è *individuo;* e se una circostanza qualunque del fatto obbliga ad attribuirgli il titolo più grave rispetto ad uno, è necessità misurare anche la pena dell' altro sulle norme dello identico titolo. Il conflitto dei due principii è assoluto. Se vince la regola della *individuità* è impossibile applicare il principio della *individualità del dolo:* se questo prevale è demolito l' altro per sempre. Ma la regola della *individuità del titolo* autocraticamente asserita, come si dimostra essa da coloro che la proclamano? Questa dimostrazione ho ansiosamente cercato, ma nessuno me la porge. È uno di quelli assiomi che pecorilmente si ripetono senza mai dimandarne il fondamento razionale. Come emanazione della legge ontologica quel preteso assioma io non posso accettarlo, perchè il delitto è un fatto *dividuo*, indefinitamente *dividuo* così nello elemento materiale come nello elemento intenzionale: ed un fatto che è *dividuo* in sè stesso non può venire *individuo* nei suoi rapporti esteriori. Come emanazione di una legge giuridica io devo ugualmente respingerlo, perchè la legge giuridica impone che a ciascuno dei più delinquenti si obietti quel *dolo* che in lui intervenne, e non subisca una pena soverchiante

Digitized by Google

quel dolo che in lui intervenne, per sola obbedienza ad un *nome* vergato sulla sopraccarta del processo. Veggo un processo che si intitola *assassinio*, perchè è risultato che Mevio (uno degli uccisori) aveva ricevuto da un signore un premio di mille lire per consumarlo. Trovo però che Mevio aveva unito a sè Cajo per farsi più forte nella aggressione, e che Cajo aveva cooperato efficacemente alla strage senza però conoscere lo incidente di quel mandato, e molto meno parteciparne al lucro. Sarà dunque giustizia che anche Cajo sia messo a morte come assassino, benchè cooperasse alla strage per improvvisa risoluzione alla quale forse fu tratto dal perfido amico con la sollevazione di una rissa? Questa sarà una durissima necessità se la distribuzione della repressione dovrà sottostare al governo del draconiano precetto della *individuità*. Ma come ammettere la *individuità* rispetto ai *più compartecipi* quando il delitto si considera nella pratica come *dividuo* rispetto ad un autore unico? Eppure è così; e sono frequenti i casi nei quali ad un delitto commesso da un solo, in un solo contesto di azione, si applicano titoli difformi ai suoi diversi momenti, per ragione della contingenza di una variazione nel dolo. Vedasi §. 1135 e la nota. Vedasi pure la nota a §. 1149; e il §. 1327 e la nota 1. Tutte le speciali contingenze della lotta di quei due principii meriterebbero di essere riassunte in un trattato.

CAPITOLO X.

Del delitto continuato.

§. 510.

Fin qui abbiamo considerato la posizione giuridica di un uomo a cui si vuole imputare, o come autore o come complice, la violazione di *un solo* diritto o consumata o tentata.

Digitized by Google

§. 511.

Abbiamo considerato ancora la posizione giuridica di colui a cui si rimproverino *più violazioni*, l'una delle quali abbia servito di *mezzo* all'altra: ed abbiamo veduto come un delitto si compenetri con l'altro, e si unifichi (§. 52 e §. 170) per il nesso di *mezzo* al *fine*.

§. 512.

Abbiamo considerato ancora il caso di chi abbia commesso *più violazioni* per più distinti *fini*: ed abbiamo di volo notato che *tanti sono i fini, tanti sono i delitti* di cui l'agente è imputabile distintamente l'uno dall'altro. Ma questa ultima regola ha bisogno di ulteriore sviluppo.

§. 513.

La regola procede tranquilla se i *fini* diversi rappresentano più violazioni di *diversa legge* penale: per esempio, alcuno rubò e stuprò, anche nello stesso contesto di azione; nessun dubbio sulla regola. Sono due delitti distinti.

§. 514.

Ma se l'agente con le ripetute violazioni offese sempre *una stessa* legge penale, il *fine* allora delle più violazioni sembra unificarsi; almeno sotto un punto di vista generico; e la unificazione del fine

Digitized by Google

sembra dover portare ad unificare anche il reato. Ecco la teorica sottilissima della *continuazione:* che deve la sua origine alla benignità dei pratici, i quali con ogni studio tentavano diradare la pena di morte inflitta al terzo furto (1).

(1) I fondamenti di questa dottrina si gettarono dalla *Glossa* che distinse quando *furtum* EST *unum*, come se molte cose si rubassero nella stessa azione; e quando *facta diversa* PRO UNO COMPUTANTUR *ratione continuationis:* Baldo *cons.* 48, *lib.* 3.

§. 515.

Fu notata la differenza fra delitti nei quali la violazione del diritto si *esaurisce* in un solo momento; e delitti nei quali la violazione del diritto *prosegue* anche dopo il momento della sua consumazione. Così nell' omicidio, nella lesione personale, nello stupro, la violazione del diritto si esaurisce con l'atto della uccisione o del ferimento: dopo il quale non continua nè si prolunga, sebbene continui il *male* già prodotto dalla infrazione. In altri delitti invece la violazione si prolunga (o può prolungarsi) indefinitamente: come per esempio, l'associazione di malfattori, la congiura, la usurpazione del possesso altrui, il ratto, il plagio, il deposito di armi, il carcere privato, la bigamia, ed anche sotto certi aspetti il furto. Quelli furono detti delitti *istantanei* (§. 52); questi dagli antichi si chiamarono *successivi* (quasi aventi insita una progenie di violazioni); altri li chiamò *continuanti,* altri *permanenti;* altri modernamente li disse *cronici:* Ortolan *éléments de droit pénal n. 743.*

Digitized by Google

§. 516.

Questa distinzione non è propriamente quella in cui risiede la teorica del delitto *continuato*.

§. 517.

La nozione del delitto *continuato* (nel senso almeno con cui si è sempre intesa dai pratici italiani) presuppone la *ripetizione* di più *azioni*, ciascuna delle quali rappresenti una *perfetta* (1) *violazione* di *legge*. Quando il delinquente persevera nelle congreghe ribelli, nel godimento del possesso usurpato, nella ingiusta detenzione del cittadino, nell' abuso doloso di cosa altrui, tale *prosecuzione* del delitto, se può mostrare la perseveranza del pravo animo, non sviluppa però *ulteriori violazioni* di legge. Qui non può nascere il dubbio che si tratti di *più di un* delitto. La prosecuzione consiste nel tener vivi *gli effetti del primo delitto* in un modo quasi negativo, piuttosto che con un rinnovamento di *azione* in cui veramente sia una seconda infrazione della legge.

(1) Di qui la grave questione se possa obiettarsi la *continuazione* nel *tentativo*, e nel delitto *mancato*. La questione fu proposta in un caso pratico alla Corte Regia di Lucca, ma fu piuttosto evasa che risoluta. Posto tale problema nei termini scientifici riducesi alla seguente formula: per avere il *delitto continuato* basta egli che si abbia la ripetizione della consumazione *soggettiva*, oppure occorre la ripetizione della consumazione *oggettiva*? Affermare la prima proposizione conduce all' assurdo, perchè renderebbe *continuati*

Digitized by Google

tutti i delitti (e sono moltissimi) che per loro natura esigono al proprio svolgimento una serie ripetuta di atti. Quanti colpi di lima e di bulino abbisognano al falsario prima che abbia compiuto la falsa moneta? Dunque bisogna dire che alla *continuazione* richiedesi la ripetizione della consumazione *oggettiva*. Dunque poichè nel delitto tentato o mancato non vi è consumazione *oggettiva*, non può asserirsi che quello renda *continuato* il delitto perfetto che siasi dallo stesso agente consumato posteriormente. La cosa è chiara. Ma poichè anche il tentativo costituisce un reato punibile di per sè stante, e in certo modo completo nel suo proprio genere, e che ha la sua oggettività nel diritto aggredito con pericolo corso, come il delitto perfetto ha la sua oggettività nel diritto *violato*; così quando si siano ripetuti più e diversi *tentativi* dello stesso delitto potrà benissimo in quei successivi conati (quando non si compenetrino in una unica azione) trovarsi il tentativo continuato. Ma avvenuta una volta la consumazione *obiettiva* del reato perfetto, questa non può senza equivoco dirsi una ripetizione della ben diversa consumazione *obiettiva* che è specifica del conato. Si è ripetuta l'*aggressione*, ma non si è ripetuta la *violazione* del diritto. Debbo però avvertire che un giudicato della Corte di Cassazione di Firenze del dì 2 maggio 1870 sul ricorso *Zecchi*, Relatore Billi, ha stabilito che possa ammettersi la *continuazione nel tentativo* per la ragione che anche i più tentativi sono più violazioni della stessa legge. Vedasi questo giudicato nel *Giornale delle Leggi*, pubblicato a Genova dal Cassini *anno* 2, *n.* 6. Non perdasi peraltro di vista che grandemente e sostanzialmente differisce la questione che crea la continuazione fra i più e diversi tentativi *tutti rimasti delusi*; e la questione che crea la continuazione fra un primo tentativo ed il successivo delitto *consumato*. Immensa è la differenziale fra caso e caso. Vedasi nel *volume V* dei miei *Opuscoli opusc.* 21 *n.* 1. La continuazione presuppone due fatti che costituiscono due *delitti distinti*. Ora, quantunque sia vero che un tentativo può essere in sè stesso un delitto punibile quando non

Digitized by Google

fu susseguito dalla consumazione, certo è che quando questa ne seguitò, tutti gli atti esecutivi che la prepararono e la facilitarono si compenetrano nel delitto consumato, e resta *delitto unico*. Ciò mi pare evidente. Lo stesso deve dirsi quando i piu tentativi (anche rimasti senza consumazione) si unificarono in una medesima *azione*. Per esempio l' assassino esplose la prima canna e non colpì: indi esplose la seconda canna e parimente non colpì. Oppure il ladro tentò rompere lo scrigno con uno scalpello che si fiaccò, indi prese un altro scalpello che pure gli si ruppe. In simili casi io penso che si abbia un solo tentativo e non *due*. Ma se prima tentò di uccidere con veleno e non riuscì, poi con archibugio e parimente non riuscì, quegli atti non sono *momenti della medesima azione*, e potranno imputarsi come *due tentativi*, e riunirsi fittiziamente per la benigna scusa della continuazione, in quanto era unica la determinazione criminosa e identico il diritto aggredito. Lo stesso si dirà se i ladri tentarono oggi invano di atterrare l' uscio, e poscia dimani entrarono provvedutisi di una scala montando da una finestra. L' argomento è delicato! Dipende da circostanze speciali, e male può definirsi *a priori* con una regola generale assoluta.

§. 518.

La continuazione in cotesti reati è così inerente alla natura loro, che non è possibile farne una *specialità* nei singoli casi; o pretendere di rinfacciare al *colpevole della prima infrazione* il secondo atto come una nuova infrazione di per sè stante.

§. 519.

Perchè si abbia l' aspetto di *più delitti* bisogna vi siano *più azioni* rappresentanti ciascuna di per sè

Digitized by Google

una nuova offesa alla legge. Ora, data questa *pluralità di azioni,* il rigore dei principii avrebbe richiesto che all' autore delle medesime si imputassero tutte come altrettanti distinti titoli di delitto. Ciò portando per necessità logica ad un' agglomerazione di pene che poteva essere esorbitante, i pratici introdussero la dottrina della *continuazione;* la quale ha lo scopo benigno di considerare i *più delitti* come *un solo* delitto *continuato;* onde applicargli una imputazione complessiva, più grave di quella attribuibile al delitto *unico,* ma non mai equivalente alla somma risultante dal cumulo delle imputazioni dovute a ciascuna infrazione.

§. 520.

Da ciò è intuitivo che la *continuazione* non è in modo assoluto una circostanza *aggravante,* poichè porta l' effetto di diminuire la imputazione di tanto di quanto la imputazione che si dà ad un delitto solo (aumentata per la continuazione) differisce dalla imputazione della prima violazione, sommata con la imputazione della seconda, e della terza, ed oltre secondo i casi. Checchè possa essersi detto dalle giurisprudenze in obbedienza (o vera o creduta) di certi diritti costituiti, è chiaro in faccia ai principii razionali che la *continuazione* non può mai essere portata all' effetto di infliggere ai più fatti una pena maggiore di quella che recherebbe la somma delle pene dovute a tutti i fatti. Ciò è dimostrato dalla *storia* di questa teorica, e dalla *ragione* a cui si ispira, che è quella di trovare nei fatti continuanti, non già più e diverse determinazioni criminose, ma

Digitized by Google

una sola. Essendo innegabile che debba tenersi come più scellerato chi *più volte* si è determinato al delitto, che nol sia chi vi si è determinato *una volta sola,* è repugnante punire più questo che quello (1). È in questi difficili conflitti di applicazione che la giustizia pratica sembra spesso fuorviare dai dettati della giustizia razionale; e porge il fianco alle amare censure dei socialisti.

(1) Si chiariscano queste idee con esemplificazioni. Tizio aveva bisogno di centocinquanta lire, e le ha rubate in una sola volta: esso (supposta la qualifica) ha incorsa la pena della casa di forza da tre a dodici anni. Cajo determinò oggi di rubare a me cinquanta lire; dimani altre cinquanta a Pietro; poscia altre cinquanta a Luigi: sempre con qualifica. Esso è debitore di tre furti, per ciascuno dei quali incorre la pena del carcere da uno a cinque anni (codice Toscano art. 386 lett. *b)* e così in tutto (art. 74, let. b) può avere al più otto anni di carcere. Mevio ha rubato oggi cinquanta lire a me, e dimani altre cinquanta a Pietro. Colpevole di due furti qualificati ha incorso le due pene, ma atteso il valore inferiore per ciascuno di essi a lire cento, non possono portarlo al più che ad otto anni di carcere. Ma si fa innanzi la teorica della continuazione, osservando che procedettero Mevio ai due furti e Cajo ai tre per una unica determinazione criminosa. Or bene la dottrina della continuazione, unificando i due furti commessi da Mevio, porta a che egli (codice Toscano art. 386, lett. *b)* non possa incontrare più di cinque anni di carcere invece di otto: dunque gli giova, e deve applicarsi. Ma la stessa teorica applicata ai tre furti di Cajo facendone un furto solo superiore a cento lire, come qualificato lo condurrebbe (art. 386, let. *a)* alla casa di forza fino a dodici anni. Dunque la finzione giuridica della continuazione muterebbe specie di pena, e troppo nuocerebbe a Cajo, ed a lui non deve applicarsi: ma consideratolo come autore di

Digitized by Google

tre furti inferiori a cento lire deve condannarsi al carcere per non più di anni otto perchè la continuazione (aggravante della *pena*) non può mai portarsi ad aumentare la *imputazione*. Tale è il modo col quale la giurisprudenza Toscana ha più comunemente proceduto in queste difficili combinazioni. Rimane l'apparente assurdo di vedere Tizio punito con la casa di forza perchè rubò cento cinquanta lire in una sola volta, mentre Cajo non potrà avere che al più otto anni di carcere perchè rubò cento cinquanta lire in tre volte. Ma l'assurdo è apparente: perchè Tizio ebbe la determinazione di commettere un furto di cento cinquanta lire che sapeva colpito della casa di forza, e sta bene che incontri questa pena. Ma Cajo in ciascuno dei suoi furti non volle rubare che lire cinquanta, nè mai pensò d'incorrere la casa di forza. Se un riguardo di benignità induce a fingere che il compendio complessivo dei più furti sia risultato da un solo furto quando ciò profitta all'accusato, è inumano che quella finzione giuridica si ritorca contro di lui al fine di spingerlo in casa di forza. Nella prima ipotesi si suppone una determinazione *generica* che unifichi le successive determinazioni *speciali;* e lo accusato non impugna questa determinazione generica, perchè gli giova. Ma nella seconda ipotesi l'accusato impugna la determinazione *generica:* egli sostiene che i tre furti furono effetto di tre distinte determinazioni *speciali,* dirette ciascuna di esse a commettere un furto sotto le cento lire: ed il giudice non può a danno dell'accusato insistere sulla determinazione generica meramente supposta. Nel primo caso si giudica secondo la finzione giuridica: nel posteriore secondo la verità delle cose. In una parola se non si seguitasse questa distinzione di casi si urterebbe nell'assurdo che noto nel testo: ed eccone la esemplificazione. Stanno due accusati davanti al giudice: ambedue sono accusati di aver commesso tre furti del valore ciascuno di essi di lire cinquanta. Il giudice (senza quella distinzione) potrebbe dire all'uno — te io condanno a otto anni di carcere perchè ritengo che a quei tre furti *procedesti con tre determinazioni diverse.* E po-

Digitized by Google

trebbe dire all' altro, te io condanno a dodici anni di casa di forza perchè ritengo che a quei tre furti *procedesti* con una sola *determinazione*. In tal guisa due reati identici nella forza fisica soggettiva e nelle forze oggettive si punirebbero differentemente per una difformità nella *forza morale soggettiva*. Ma tale difformità consisterebbe in questo, che l' uno *per tre volte* si determinò al delitto, mentre l' altro vi si determinò *una volta sola*. Ora è intuitivo che la forza morale soggettiva *aumenta* quando si costituisce da *tre* determinazioni, ed è *minore* se si costituisce da *una sola* determinazione. Laonde si vedrebbe l' assurdo che *caeterisparibus* si punirebbe *più* dove la forza morale del delitto è *minore;* e si punirebbe *meno* dove la forza morale del delitto è *maggiore*. L' assurdo è palpabile.

§. 521.

A ben definire il delitto *continuato* è necessario stabilire due criterii distinti. L' uno per discernere il caso del delitto *continuato* dal caso dei *più delitti*. L' altro per distinguere il delitto *continuato* dal delitto *unico*. Avvertenza non sempre chiarita a sufficienza, e la cui dimenticanza divenne feconda di equivoci. Due scrittori sembreranno concordi perchè dicono entrambo — questo non è caso di delitto continuato. Ma l' uno nega la continuazione perchè sostiene che sono *più* delitti: l' altro la nega perchè sostiene che è *un delitto solo*. E invece di essere concordi sono agli antipodi.

§. 522.

Distinguere il reato *continuato* dal *molteplice* è agevole, tostochè si risalga ai principii costitutivi

Digitized by Google

del delitto. Prima di tutto è necessario, per escludere la pluralità, che si tratti di più violazioni della *stessa legge.* La *identità* o *unità di legge* violata è dunque il primo requisito per escludere la *pluralità* dei reati. Ove i più atti violino *diverse* leggi, è evidente che (per la moltiplicità degli *oggetti*) si ha più di un delitto da imputare; tranne il caso che si unifichino nel rapporto di mezzo a fine.

§. 523.

Ma non basta la *unità di legge.* Ogni delitto ha la sua essenza da un elemento *morale* (intenzione) e da un elemento *fisico* (atto esterno). Quando si è trovata la pluralità di atti esterni violatori della *stessa legge,* si ha una moltiplicità di elemento *fisico:* ma per avere la pluralità di delitti si esige ancora la pluralità di elemento *morale.* Questa nel delitto continuato non si ha; e la ragione è intuitiva. Quando si è imputata la prima azione, si è imputato l' elemento fisico A; più l' elemento morale B, costituito dalla determinazione criminosa. Quando si procede ad imputare la seconda azione, si imputa l' elemento fisico C, distinto dall' elemento fisico A; e si imputa di nuovo l' elemento morale B, perchè essendo *unica la determinazione,* l' elemento morale che si congiunge con gli elementi fisici A e C, è sempre l' *identico* elemento B. Dunque dando una imputazione integrale a ciascuna delle due azioni si cade nella ingiustizia, perchè si torna ad imputare *due volte* l' identico elemento morale di cui l' accusato ha già sofferto la prima imputazione.

Digitized by Google

§. 524.

Perciò la *unità di determinazione*, congiunta alla *unità* di *legge* violata, deve sempre portare ad escludere la pluralità di delitti.

§. 525.

Nè dicasi che cotesto argomento proceda eziandio quando con una unica determinazione si deliberi la violazione di più leggi diverse; perchè la diversità di *obietto* (coerentemente sempre alla idea che l'*obietto* del delitto è la *legge)* rende impossibile per necessità ideologica la unificazione della determinazione. Tranne quando una violazione stia all' altra come mezzo a fine, la risoluzione di violare una legge è ideologicamente distinta nella sua genesi e nei suoi momenti, dalla risoluzione di violare un' altra legge diversa. Ne può essere *contemporanea* la concezione; ma *unica* no.

§. 526.

Dunque ove sia pluralità di azioni, ma unità di legge violata e di risoluzione criminosa, non potrà ammettersi pluralità di delitti. La si dovrà solo quando abbiasi pluralità di *azioni*, e pluralità di *risoluzioni*, tanto se le *leggi* violate siano una stessa, o diverse.

§. 527.

Ma tutte le volte che si avrà *pluralità di atti* esterni diretti contro la medesima legge, e prove-

Digitized by Google

nienti da una medesima risoluzione criminosa, si avrà egli *sempre* il delitto continuato? No. La regola che è assoluta nel primo senso, non è assoluta in questo senso rovescio, perchè non sempre la pluralità di atti materiali porta a dover dire che si hanno *più violazioni* compenetrate in un delitto *continuato*. Spesso, malgrado la pluralità di atti materiali, si ha il delitto *unico*. Per chiarire questa idea pare a me che sotto il punto di vista scientifico si debba insistere sulla distinzione fra *atti*, e *azione*.

§. 528.

Sarebbe assurdo stabilire che la pluralità di *atti* offensivi della medesima legge, e procedenti da una sola determinazione, conduca sempre al delitto *continuato*. Prendiamone ad esempio il furto. Colui che entrato in mia casa ruba cento scudi, qualora li trovi tutti in un sacco e con un solo atto li prenda, evidentemente pone in essere un' azione unica. Ma se la *pluralità di atti* portasse per regola assoluta alla continuazione, bisognerebbe dire che se quel ladro trovò i cento scudi sparpagliati, sicchè dovesse prenderne prima dieci, poscia altri dieci per porseli in tasca, e così di seguito, avrebbe posto in essere un furto continuato. Infatti il primo *atto* di prendere dieci scudi e intascarli presenta di per sè un delitto completo; lo stendere di nuovo la mano a prenderne altri dieci costituisce un secondo *atto* diverso dal primo, il quale è in sè pur esso un furto completo. Ma chi vorrebbe sostenere sul serio cotesta teoria! Tuttodì si commettono furti di parecchi oggetti; e nessuno mai si azzardò nel fôro

Digitized by Google

ad obiettare la continuazione ad un ladro perchè trovò il denaro sparso anzichè trovarlo nel sacco.

§. 529.

Dunque vi deve essere un secondo criterio, pel quale, malgrado la *pluralità di atti*, sparisca anche la *continuazione* per far luogo al delitto unico.

§. 530.

Questo criterio bisogna trovarlo in ulteriori *unità*, che, oltre la unità di legge e di risoluzione, elidano la materiale pluralità degli *atti* e ne costituiscano un' *azione* sola. Allora unificato il delitto nell' elemento fisico, come si unifica nell' elemento morale, bisogna che ne risulti la unicità di imputazione sulla norma del delitto unico: il quale può essere o *semplice* (§. 52) o *complesso*, senza cessare di essere *unico* (1).

(1) Io non so convincermi che si possa referire ai delitti *continuati* il caso di un' archibugiata che abbia ferito più individui. Unica la *legge* violata, unica la *risoluzione*, unico l' *atto;* ne avremo per la pluralità dei *risultati* un delitto *complesso:* ma trovare la *continuazione* giuridica dove si ha *un solo momento morale* e *un solo momento fisico*, pare alla mia tenuità repugnante, almeno in teoria. E benchè il resultato porti due diversi titoli di delitto (per esempio, l' omicidio di uno, e il ferimento di un altro) non sarà questo il caso della nota distinzione fra concorso *formale* e concorso *materiale?* Forse questa materia non ha ancora ricevuto dalla scienza il suo ultimo svolgimento. Vedasi Wafelaer *de concursu delictorum, Lovanii* 1822 — Van der Does

Digitized by Google

de crimine repetito, Trajecti ad Rhenum 1826: e la dissertazione del Kitka inserita il 1857 nell' *Eco dei Tribunali* ai *nn.* 751, 752 *e* 753, e sul concorso *formale* Savigny *de concurso delictorum formali, Marburgi* 1800.

§. 531.

Ora quali saranno le ulteriori *unità* per cui si unifichino i *più atti* consecutivi? Taluno ripose cotesto criterio nella unità di condizioni del *soggetto passivo* del delitto. Così se un ladro introdottosi in mia casa ruba contemporaneamente più cose appartenenti tutte a me, fu detto essere un furto unico, benchè caduto sovra più cose e risultato da più *atti.* Ma se alcuna di quelle cose era di altro proprietario che l' avesse colà lasciata, si pretese che il furto dovesse dirsi continuato. Ma questa sottigliezza non persuade le menti, e perchè non risponde a giustizia, e perchè fallace la ragione di cui si vorrebbe avvalorare. Non è vero infatti che nel secondo caso siavi la violazione di più di un diritto, e nel primo caso la violazione di un diritto solo, perchè, anche nel primo caso, se il diritto soggettivo è unico, è però diverso il diritto oggettivo; cosicchè anche allora potrebbe dirsi che è violato più di un diritto, cioè il mio diritto sulla cosa A, e il mio diritto sulla cosa B, che pur sono distinti.

§. 532.

La unità o la pluralità dei soggetti passivi è dunque criterio fallace per unificare o moltiplicare i reati emergenti da più atti materialmente distinti.

Digitized by Google

§. 533.

Piuttosto sembrerebbe accettabile il criterio della unità di *luogo* e di *tempo;* per quanto possa esistere umanamente *unità* in cotesti rapporti. Tenendo conto di queste unità di tempo e di luogo, la prudenza del giudice potrà non valutare la materiale ripetizione degli *atti:* e considerandoli tutti come *momenti* di una unica *azione,* ravvisare un delitto unico dove potrebbe apparire la sembianza della continuazione. Altrimenti, se con rigore ontologico si procedesse a sceverare atto da atto in un' azione delittuosa, col troppo sofisticare si verrebbe in certi generi di delitti a trovare nella continuazione il caso ordinario, e nella unicità una rara eccezione.

§. 534.

E di vero, sente ognuno che certi delitti hanno insita, e quasi indispensabile, la *ripetizione* di atti positivi, ciascuno dei quali a solo sarebbe un delitto perfetto. Dovrà andarsi a cercare se l' accusato di oltraggio violento al pudore si limitò ad un solo toccamento, o reiteratamente spinse la mano impudica sopra la renitente donzella? Si andrà cercando se colui che salì sulla pianta altrui colse un sol pomo e di quello fu sazio, o ne colse due? Se colui che ingiuriò o minacciò, proferì una sola parola offensiva o più di una? In verità gli *atti* furono *più:* e ogni singolo di loro ha in sè quanto bisogna a presentare un delitto *completo.* Ma si cadrebbe nel ridicolo con questa rigorosa esattezza, facendo equivalere la moltiplicità degli *atti* alla moltiplicità

Digitized by Google

delle *azioni*, solo perchè ciascun *atto* offre un delitto completo.

§. 535.

D'altronde la *unità di tempo* non è una unità *assoluta* umanamente possibile. Sicchè il criterio della *continuazione*, con un' apparente anfibologia, bisognerà desumerlo dalla *discontinuazione*. Guardare cioè se vi fu *intromissione* di *atti*. Se gli atti saranno *continuati materialmente*, con più facilità si dirà che non furono *continuati giuridicamente;* che costituiscono diversi momenti di *una sola azione* criminosa; e che abbiamo il delitto *unico*. Se saranno *discontinuati materialmente*, sicchè si abbia un intervallo rappresentante interrompimento dell' *azione* criminosa, si potrà con più facilità accettare la idea non solo di *più atti*, ma bene di *più azioni* distinte; e così escludere affatto il delitto *unico* per ravvisare i *più delitti*, quando vi furono diverse risoluzioni; o il delitto *continuato* se vi fu la unità di determinazione.

§. 536.

Ma anche la *unità* di *risoluzione* non deve intendersi con rigore ideologico. Conviene contentarsi di una *unicità generica*. Un servo, per esempio, si è procacciato una falsa chiave dello scrigno del padrone per rubarne alla spicciolata denaro. Vi torna due, tre, e più volte. Questo è, per comune consenso dei pratici, un furto *continuato*. Ma le risoluzioni sono altrettante, a rigore di termini, quante volte costui ad un dato momento si è determinato a tornarvi. Dopo la prima e la seconda volta poteva an-

Digitized by Google

che desistere: e potè, anche dopo la seconda volta, aver detto a sè stesso, ora basta, e non voglio tornarci più; chi può leggere in questi arcani dell'animo? Vi è stato dunque bisogno di un *nuovo atto* di volontà perchè egli vi torni la terza volta. Pure si considera anche il terzo fatto come il risultato di una *unica risoluzione criminosa,* perchè unica si suppone la risoluzione *generica:* quella cioè di rubare da quello scrigno quante volte ne avesse avuto fantasia od occasione. Le succedanee determinazioni speciali sono sempre attuazioni, o svolgimenti della prima (1). Forse sarebbe più conforme alla esattezza del linguaggio che l'elemento soggettivo della continuazione si descrivesse con la formula *unicità di disegno,* anzichè con quella di *unicità di determinazione,* la quale non può mai riuscire completamente vera nelle applicazioni pratiche; perchè ogni e qualunque atto dell'uomo è necessariamente figlio di una *determinazione speciale* ma propria, la quale quantunque altro non sia se non la estrinsecazione di una primaria *determiminazione generica,* è però distinta ideologicamente dalla determinazione speciale o *prossima* dalla quale si informò l'atto precedente.

(1) Abbiamo in pratica dei casi di *continuazione* dichiarata in ordine a parecchi furti commessi nel corso di molti mesi, in diversi luoghi, ed a danno di parecchi proprietari diversi.

§. 537.

Sicchè, epilogando il mio concetto su questo astruso e controverso argomento, direi in punto di astratta

Digitized by Google

teoria — 1.° Che la pluralità di *azioni* e di *determinazioni* porta alla *moltiplicità* dei delitti anche rimpetto alla violazione della *stessa legge.* — 2.° Che la diversità di *leggi violate* porta pure alla *moltiplicità* dei delitti, quantunque apparisca esservi unità di *determinazione* e di *azione,* tranne il caso del delitto pedissequo come mezzo a fine. — 3.° Che la unicità di *determinazione* generica, ossia di *disegno* e di *legge violata,* porta al delitto continuato quando vi fu pluralità di *azioni.* — 4.° Che la unicità di *determinazione,* di *legge violata,* e di *azione,* porta al delitto *unico,* quantunque si abbia una pluralità di *atti.* — 5.° Che la unicità di *atto* porta al delitto *unico,* ma *complesso* (1), quando siavi pluralità di *diritti* violati (2).

(1) Un solo colpo di bastone recato a donna incinta ha danneggiato il corpo di lei e prodotto lo aborto. Si dirà che sono due delitti riuniti fittiziamente per la continuazione? No: sono due *effetti* di un solo delitto che si misurerà sullo effetto più grave; sarà un delitto *complesso* ma ontologicamente è *unico.*

(2) La combinazione che un solo *atto* faccia sorgere il problema di una pluralità di delitti, è frequentissima nei ferimenti: 1.° Una fucilata a piombo minuto recò parecchie piccole ferite allo stesso individuo: 2.° Un colpo di forca o di forbici recò due ferite: 3.° Un colpo di sasso colpì in un membro e di rimbalzo in un altro: 4.° Un' arme perforante trapassò un membro da parte a parte ed allo esterno apparvero due ferite: 5.° Un colpo d' arme da taglio diretta alla mano incise più di un dito. In tutte queste ipotesi non credo ammissibile il concetto di *più delitti,* e per conseguenza nep[illegible] del delitto *continuato,* che ha necessità assoluta [illegible] più delitti. Potrà ravvisarsi nel caso un

Digitized by Google

delitto *complesso*. Di questa *complessità* nel silenzio della legge potrà tener conto il giudice misurando la pena entro i limiti a lui segnati dalla legge positiva. Potrà anche tenerne conto il codice penale come ragione di aumento di pena, ma sempre sotto il punto di vista della *complessità;* mai come *continuazione,* perchè non è nei poteri del legislatore di affermare ciò che ontologicamente non è; e ontologicamente avvi contradizione nello imputare come continuato un solo atto momentaneo. Molti degli antichi statuti penali avevano con minuta casuistica provveduto a quelle specialità. Vedasi, a modo di esempio, lo Statuto Lucchese dell' anno 1538 al lib. 4, cap. 164; dove è singolare che mentre nelle prime ipotesi si prescrive un aumento di pena, nella quinta del ferimento di piu dita vuole che *intendasi una percossa sola.* Meritano in quello statuto di essere veduti ancora i capitoli 163 e 165 dello stesso libro, dove si svolge tutta la teorica della continuazione. Questa dottrina non fu dunque unicamente consegnata ai libri dei pratici. Divenne in Italia propriamente il patrimonio delle legislazioni per la diligenza dei Giureconsulti che composero i vecchi Statuti della Penisola. Allora non si aveva la idea villana che i Professori non fossero capaci a far leggi. Allo opposto quei governi, che rispettavano la sapienza, chiamavano dalle Università uno od altro Professore, e gli davano il mandato di fare uno Statuto per la loro Città. Così si assicura tra noi che lo Statuto di Lucca si componesse dal Castrense, altri dall' Imola, altri dal Giasone. Ecco perchè (prescindendo da ciò che di barbaro imponevano i tempi) trovasi in alcuni di quelli statuti maggiore sapienza che in certi codici moderni. Ma la rivoluzione francese condusse alla idea del disprezzo di tutte le antiche cose, e l' odio al così detto classicismo invase tutte le regioni dello scibile. Dovevasi rovesciare la signoria del domma per sottoporlo alla critica della ragione, ma non è conforme a ragione lo aborrimento sistematico di ciò che gli antichi tennero per domma non per ossequio [illegible] di uno, ma perchè proclamato tale dalla [illegible]

Digitized by Google

fu il rimprovero gettato contro gli antichi giuristi non a tutto torto perchè ne avevano abusato; ma abolire ogni casuistica quando si tratta di giudicare i casi umani sempre variabili è una utopia.

§. 538.

Non occorre avvertire che la *continuazione* è inconcepibile nei delitti *collettivi* (§. 52) che hanno per estremo l'*abitualità*. È però a notarsi che la teoria della *continuazione* è importante non solo per la *misura* della imputazione, ma anche per la stessa perseveranza della *imputabilità* nel caso di *prescrizione*. Perchè se il delitto è *continuato*, la prescrizione non corre che dall'*ultimo atto*; se sono *più delitti*, ognuno ha la prescrizione sua propria. Onde avviene che l'accusato (cui d'ordinario interessa unificare il più che possa le sue delinquenze) posto nel caso di invocare la prescrizione, si farà invece a sostenere che trattasi di *più delitti* onde avere la pena soltanto della ultima azione, non aumentata per la continuazione, propugnando così che le prime sono prescritte.

CAPITOLO XI.

Degli effetti giuridici *del delitto.*

§. 539.

Svolta sotto un punto di vista generale la nozione del delitto, ed i suoi elementi; i suoi effetti *naturali* (danno *immediato*, §. 103) ed i suoi ef-

Digitized by Google

fetti *politici* (danno *mediato*, §. 104); rimane che se ne veggano gli effetti *giuridici:* e questo ci servirà di avvio alla *Seconda Sezione*, ove si parlerà della *pena*.

§. 540.

Agli effetti *naturali* del delitto, che vedemmo consistere nel danno *immediato* risultante dalla sua forza *fisica*, ed ai suoi effetti *politici*, che vedemmo consistere nel danno *mediato* risultante dalla sua forza *morale*, corrispondono due diversi effetti *giuridici*, compresi sotto il generico concetto dell'obbligo alla *riparazione* (1). Fin qui abbiamo considerato il delitto come *causa* di un *male;* ora dobbiamo considerarlo come *causa* di *diritti;* e perciò appunto questi ulteriori effetti si dicono *giuridici*.

(1) La *causa* degli effetti naturali è la *materialità* dannosa: la *causa* degli effetti politici è la *consociazione:* la *causa* degli effetti giuridici è la *natura del diritto* che ha per contenuto la potenza di estrinsecare la propria attività.

§. 541.

Dal danno *immediato* sorge l'obbligo della riparazione *civile;* dal danno *mediato* l'obbligo della riparazione *sociale*.

§. 542.

L'obbligo della riparazione *civile* si adempie col prestare la *indennità* (1) alla parte lesa: l'obbligo

Digitized by Google

alla riparazione *sociale* si adempie col subire la *pena,* che è l' indennizzo alla società offesa pel disturbo cagionatole dal delitto.

(1) Nelle indennità da rifondersi al leso rientrano anche le spese legali e gli onorari del suo difensore. Ma con quale misura? Se il leso largheggiò dando mille al Patrono, mentre con cento la difesa sarebbesi ugualmente ottenuta, dovrà ciò tornare a danno dello offensore? Vedasi Morin *art.* 8446. Nella pratica nostra questo nodo si scioglie secondo le simpatie dei giudici verso il Patrono.

§. 543.

A ciascuna di tali obbligazioni corrisponde un'*azione* (1) perchè ciascuna sviluppa un *diritto esigibile.* Diritto nel leso alle *indennità materiali:* diritto nella società alle *indennità morali.*

(1) La parola *azione* in un senso generico esprime lo *estrinsecarsi di una attività* qualunque in ogni momento nel quale essa spinge le proprie forze fuori di sè medesima. Così si dice azione del sole, azione del pensiero, della volontà, del corpo, e simili. A questo luogo la parola *azione* si usa nel medesimo concetto, ma più limitato. Esprime lo *estrinsecarsi della attività* del diritto in quel momento nel quale spinge le proprie forze fuori di sè medesimo per farsi rispettare. La estrinsecazione del diritto per *impedire* la propria violazione dicesi *reazione.* La sua estrinsecazione per *riparare* alla violazione già avvenuta dicesi *azione.*

Digitized by Google

§. 544.

L' azione rispondente alla prima obbligazione dicesi *azione civile:* quella rispondente alla seconda obbligazione dicesi *azione penale.*

§. 545.

Per portare queste *azioni* al conseguimento dei loro respettivi fini è necessario un fatto ulteriore. Questo fatto è il giudizio. Giudizio civile per ottenere la riparazione del danno immediato; del che si occupa il civilista. Giudizio criminale per conseguire la riparazione del danno mediato; lo che forma argomento della *Terza Sezione* del nostro corso, e del corso speciale di procedura penale.

§. 546.

L' azione civile (1) spetta sempre al solo offeso, nel cui arbitrio è riposta la facoltà di sperimentarla o di abbandonarla a talento suo.

(1) Ferlet *Étude sur l' action civile résultant d' un fait punissable, Paris* 1865.

§. 547.

L' azione criminale spetta di regola alla società, e suoi rappresentanti che ne sono investiti: e però dicesi *azione pubblica* (1).

Digitized by Google

(1) Vedasi l' opera del Consiglier Borsari intitolata *dell' azione penale, Torino* 1866.

§. 548.

Ma talvolta a cagione di un rispetto all' amore della pace, o al decoro ed interesse dello stesso offeso, le leggi trovano conveniente di far dipendere dalla volontà del leso anche la persecuzione penale del delitto patito: e allora questi delitti si dicono di *azione privata* (1).

(1) La enumerazione dei reati che si perseguitano ad azione privata secondo il moderno diritto Germanico e la esposizione dei respettivi principii scientifici trovasi nello scritto di Oscar Reber giudice Bavarese, intitolato *i delitti di azione privata nel diritto penale Tedesco, Monaco* 1873. Privilegio singolare della città di Palermo, che risale ad antichi tempi, si fu quello che l' Avvocato fiscale non potesse agire senza la espressa istanza della parte offesa. Tale privilegio fu confermato da Federico II Re di Sicilia, dal Re Alfonso, dal Re Ferdinando, dallo Imperatore Carlo V, e finalmente dal Re Filippo II col diploma dell' anno 1587. Questo privilegio fu esteso poi a tutta l' isola per i delitti punibili con pena inferiore alla relegazione, in virtù della sanzione Prammatica del 1 maggio 1786, che stabilì non competere al fisco il diritto di agire *principalmente* per tali reati, ma soltanto di assistere il dolente privato, il quale doveva prestare giuramento *de calumnia:* e di più somministrare urgenti indizi senza dei quali non si poteva procedere all' arresto del querelato. Questo però, malgrado tali forme, aveva sempre diritto ad ottenere la libertà prestando cauzione di presentarsi ad ogni richiesta della Giustizia: *Giurisprudenza di Catania Anno 4, n.* 1.

Digitized by Google

§. 549.

La repressione anche in tali casi si ordina nell' interesse della società, e non per soddisfare la vendetta privata. Ma il minore interesse che ha la società nella repressione di cotesti delitti, ed il maggiore interesse che può avere il leso a non dare loro una pericolosa pubblicità, incatenano il *movimento* dell' *azione,* senza però cangiarne la *natura* e lo *scopo* (1).

(1) Laonde la formula *azione penale privata* non si accetta che in un senso *improprio* e figurativo per designare che l' azione pubblica è subordinata nel suo esercizio alla volontà dell' offeso: Graun *de supervacua delictorum divisione in publica et privata moribus nostris, Jenae* 1756. Protesto però che le formule da me adoperate a questo luogo le accetto soltanto per reverenza allo insegnamento che è comune oggidì in questo tema. Sono peraltro persuaso non essere lontano il giorno nel quale la forza della logica ed il progresso delle idee renderà antiquate e farà abolire del tutto siffatte formule. La dottrina dei delitti di *azione privata,* o perseguitabili a querela di parte, non ha ancora ricevuto la sua completa elaborazione. Non l' ha ricevuta nella sua *applicazione pratica,* perchè il numero delle delinquenze sottratte allo arbitrio dei Pubblici Ministeri, e la punizione delle quali rimane nella libera balìa degli offesi deve andare ogni giorno aumentando dovunque progrediscano le idee liberali. Non l' ha ricevuta nei *fondamenti teorici,* perchè la creazione di questa classe di reati comunemente si viene a ragionare sopra considerazioni empiriche ed inesatte, mentre invece ella dovrebbe connettersi col *principio cardinale* del diritto di punire. Comunemente udrete dire che bisogna ar-

Digitized by Google

restare la persecuzione ufficiale di certi reati e renderla dipendente dalla volontà degli offesi per riguardo alla pace delle famiglie, o per altri consimili motivi puramente utilitari ed empirici. Ma invece bisognerà prima o poi riconoscere che anche questo ha una ragione *assoluta*, perchè è uno svolgimento necessario in buona logica del principio che accorda il diritto di punire allo Stato pei *bisogni della tutela giuridica*. Compreso questo nesso si dovrà dire che in certi reati cessa nello Stato il diritto di punire quando l' offeso non vuole che si punisca; ed è una vera contradizione il dire altrimenti. Assunto presuntuoso e mendace è lo asserire che l' autorità tutela il diritto violato nello individuo quando essa stessa col procedere lo viola, lo manomette, e vi reca una più larga ferita di quella che vi recò lo stesso delinquente. Ipocrisia (a modo di esempio) vantarsi di tutelare il mio diritto al mantenimento di una buona riputazione, quando col procedere criminalmente si è sparso sopra il mio nome una macchia forse indelebile. Ipocrisia vantarsi di tutelare i miei diritti di famiglia, quando col procedere a pubblico giudizio contro mia volontà si è esercitata sopra me stesso una tremenda coazione che mi obbligò a distruggere ogni vincolo di famiglia. E se lo asserire ciò non può essere che ipocrisia, la conseguenza di questa verità deve necessariamente essere quella che in tali casi *manca affatto nella autorità sociale il diritto di punire;* perchè col procedere e col punire non si protegge il diritto ma si viola di nuovo con più profonda ferita. Questa era la vera formula con la quale doveva darsi ragione dei reati perseguitabili soltanto per volontà degli offesi. E questa formula mostrava chiaro che quanto nel comune linguaggio delle scuole si vuole attribuire ad un prudente riguardo del legislatore non è altro per lui che la obbedienza ad un dovere a lui in modo *assoluto* incombente. E quando queste verità si siano comprese si dovrà innanzi tutto modificare il linguaggio delle scuole e della pratica in ordine a questi delitti; e più non si udrà un magistrato, quantunque dottissimo, proclamare in un so-

Digitized by Google

lenne giudicato che la polizia giudiciaria ha il diritto di esercitare il suo ufficio investigatore anche nei delitti di azione privata, quantunque l' offeso non ne abbia mosso querela, per *preparare a lui* i materiali nel caso che col tratto del tempo a lui venga fantasia di rendersi querelante. Bestemmia giuridica più deplorabile di quante mai ne furono dette! No: la polizia giudiciaria con tali investigazioni arbitrarie non prepara altro se non che una coazione figlia della sua prepotenza che obbliga l' offeso ad agire contro sua voglia a causa dello scandalo eccitato da quelle arbitrarie verificazioni.

§. 550.

La riparazione civile si ottiene, secondo i casi, in diversi modi. O con la riparazione *naturale;* reintegrazione del diritto violato: come con la restituzione dell' oggetto involato, la riposizione del termine remosso, e simili. O con la riparazione *pecuniaria;* quando la naturale non possa ottenersi, o per accidente, o perchè il diritto sia di natura non reintegrabile, nel qual caso il denaro, comune rappresentante di tutti i valori, fa le sue funzioni. O con la riparazione *onoraria;* quando il delitto abbia offeso l' onore del cittadino, ed a questo si voglia una speciale soddisfazione.

§. 551.

La riparazione *onoraria* si faceva in antico con la palinodia, che distinguevasi, secondo i casi, in *recantatio solemnis, deprecatio,* e *declaratio.* I costumi odierni vi hanno sostituito la inserzione ne' giornali (1), o la pubblicazione a stampa della sentenza condennatoria.

Digitized by Google

(1) Le Clerc ha consacrato un volume di 440 pagine (*Des Journaux chez les Romains par J. Vict. Le Clerc Paris, Didot Frères* 1838) per dimostrare che l' uso dei Giornali è antichissimo, e pretende trovarne le tracce ed i monumenti presso i Romani fino sotto la repubblica. Sallustio e Giovenale per lui erano i giornalisti di quei tempi. Ma questo lavoro, per quanto eruditissimo, non finisce di persuadermi: e mi pare che tutto il lavoro consista nel confondere gli annalisti ed i cronisti (i quali esisterono certamente anche in Grecia) con i gazzettieri moderni. La differenza sta in questo che i cronisti registrano giorno per giorno i fatti notabili avvenuti nella provincia dove essi vivono, per conservarne memoria e trasmetterne ricordo alla posterità; laddove i giornalisti moderni hanno per obiettivo di divulgare i fatti con rapidità ai contemporanei anche in paesi lontani, e di queste gazzette una forse su cento ha l' ambizione e la speranza di passare ai posteri. L' uso delle gazzette come effemeridi destinate a servire ai bisogni del momento è di gran lunga più recente, come ho accennato altrove. Gli annali dei Pontefici di Roma pagana avevano lo stesso fine dei ricordi di malattie e di cure che la Grecia conservava nel tempio di Esculapio; e questi, sebbene fossero giornalieri ricordi, non erano giornali.

§. 552.

Non si può ammettere la riparazione che dissero *vendicativa,* la quale si farebbe consistere nel soddisfacimento accordato all' offeso di veder soffrire il suo offensore per solo sfogo di sua passione e indipendentemente da qualsisia riparazione di danno patito o nella persona o nell' onore o nella roba (1). Poco vi vuole a comprendere che nè la legge naturale nè la legge civile possono riconoscere un diritto tendente al soddisfacimento di una passione

Digitized by Google

viziosa. Il grande vantaggio della giustizia civile fu appunto questo che sottratta la misura delle penalità alla bilancia delle passioni private per consegnarla alla bilancia della ragione, fu veramente giustizia e non più vendetta.

(1) Carmignani (*elementa* §. 409) parve esitare su questo punto, e riconoscendo come fatto indubitato che i delitti, oltre ai danni nella persona, nelle proprietà, ed eventualmente nell' onore, inferiscono all' offeso un *dolore morale* che inspira il desiderio e quasi il bisogno di vedere patire chi ci ha offeso, sembrò ammettere (almeno come questione proponibile) che anche a questo dolore morale ed a questo desiderio di vendetta dovessero le leggi concedere un soddisfacimento. Noi recisamente neghiamo che una passione viziosa possa aver plauso dalle leggi, ed essere convertita in fonte di diritti. Nè vale la considerazione empirica che se lo sdegno dell' offeso non è placato siano a temersi per parte sua vendette private e disturbi nella città. Una volta per sempre protesto contro siffatto modo di argomentare, e parmi non solo ingiusto ma anche immorale. Esso si è ripetuto fino alla nausea in tema di ingiuria, di danno dato, di adulterio, di duello, e simili; ma sempre ho protestato e protesterò a nome della ragione contro simile aberramento. La ingiuria, si è detto, meriterebbe per sè stessa una pena di dieci, ma bisogna irrogarle una pena di cinquanta perchè l' offeso malcontento della pena di dieci non si vendichi di sua privata autorità. Argomentazione antigiuridica, perchè converte la pena in una protezione del colpevole: argomentazione ingiusta, perchè misura la pena del delinquente non sulla reità di lui, ma sulla presunta ferocia dell' offeso: argomentazione immorale, perchè porta l' autorità civile a chinare la fronte verso la più feroce e la più anticristiana delle passioni, voglio dire la vendetta; ed a questa divinità infernale pone in mano la bilancia che strappa dalle mani della giustizia tornata ad

Digitized by Google

essere ancella dei privati risentimenti come nei tempi della primitiva barbarie. E pure io vidi spesso anche i Magistrati subire irriflettutamente la signoria di cotesto pensiero: vidi valutarsi come minorante la imputazione di un offeso che non pago della condanna ottenuta contro il suo offensore erasi procacciata una più atroce vendetta, la osservazione che in fin dei conti egli aveva avuto buona ragione perchè il suo offensore erasi punito troppo poco; tale pronunciato è giustissimo quando si esprime come una mera degradante, perchè come degradanti debbono valutarsi tutte le passioni anche meno ragionevoli, se fatte signore dell' animo dell' agente ne hanno diminuito l' arbitrio nella determinazione: ma quando si esprime come la recognizione di un *diritto* che abbia l' offeso di supplire di propria mano alla creduta insufficienza della pena sociale, o come un dovere che obblighi la società a punire più severamente per contentare le ire del leso, io non posso accettarlo.

§. 553.

Si ammette la riparazione *sostitutiva,* quando *con giustizia* si possa tenere il terzo *civilmente* responsabile per un reato commesso da altri: per esempio il padre pel figlio. Ma se questa può tollerarsi nelle congrue condizioni per le *indennità civili* mai deve ammettersi per la *pena* (1).

(1) L' arresto personale o carcerazione, che molte leggi concessero al danneggiato per costringere il danneggiatore insolvente a rifondergli i danni, non è propriamente una forma di *riparazione,* perchè nulla ripara. È un mezzo di coazione per ottenere dal colpevole la riparazione o *naturale* o *pecuniaria* o *onoraria* secondo i casi.

Digitized by Google

§. 554.

È utile e doverosa la riparazione *sussidiaria* introdotta da qualche legislazione. Essa consiste nel costituire una pubblica cassa, che si impingua con le ammende inflitte ai delinquenti, ed alla quale si ricorre per indennizzare i lesi del danno sofferto per un delitto commesso da persona insolvente. Non è morale che il governo si arricchisca sui delitti che non ha saputo prevenire. È morale che la società, dalla quale i buoni cittadini erano in diritto di esigere protezione, ripari agli effetti della mancata vigilanza. Questa verità (esornata modernamente dal Kruseman *de fidejussione universali civium, Amstelaedami 1850*) fu proclamata nel codice Leopoldino del 1786 all' art. 46 (1).

(1) Art. 46 — Ivi — *E siccome abbiamo considerato che quanto è dovere essenziale del Governo il prevenire i delitti, il perseguitarli, e castigarli, altrettanto lo è di pensare ad indennizzare non solo i dannificati dai delitti dei rei, quanto ancora quelli individui i quali per le circostanze dei casi, o certe combinazioni fatali si saranno trovati senza dolo o colpa di alcuno sottoposti ad essere processati criminalmente, e molte volte ritenuti in carcere con pregiudizio del loro decoro ed interesse, e di quello della loro famiglia, e saranno poi stati riconosciuti innocenti, e come tali assoluti: così avendo noi già provveduto col patrimonio pubblico per supplire alle spese di giustizia, che prima pagavansi dal fisco in parte col prodotto della confiscazione dei beni e pene pecuniarie, vogliamo che venga formata una cassa a parte sotto la direzione del presidente del Buon Governo nel dominio*

Digitized by Google

fiorentino, e nel senese dell' auditor fiscale di Siena; nella quale debbano colare tutte le multe, e pene pecuniarie di tutti i respettivi tribunali dello Stato, e della quale ne renderanno conto a Noi di anno in anno. Da questa cassa, per quanto si estenderanno i suoi assegnamenti, dovranno indennizzarsi tutti quelli, che danneggiati per delitti altrui, dal delinquente da cui il danno è loro derivato non possono ottenere il risarcimento per mancanza di patrimonio, o per fuga; e tutti quelli i quali senza dolo, o colpa di alcuno (giacchè in questo caso chi avrà commesso il dolo, o la colpa sarà tenuto esso ad indennizzarli) ma solo per certe combinazioni fatali, o disgraziate saranno stati processati, carcerati, e poi trovati innocenti, e come tali assoluti: purchè nell' uno, e nell' altro di questi casi abbia il giudice dichiarato doversi questa indennizzazione, e in quella somma che avrà liquidata, e tassata, e purchè in oltre dove vi è reo, o debitore dichiarato della detta indennizzazione, il dannificato faccia constare di avere usate tutte le diligenze per essere dal di lui patrimonio soddisfatto.

§. 555.

Questa riparazione non dovrebbe però concedersi mai quando lo stesso leso fosse stato causa per propria colpa del delitto patito. Siffatta idea è coerente alla dottrina che insegna non doversi riparazione civile al leso che fu causa rimproverevole del proprio danno: per esempio, quando il ferito spinse l' offensore a ferirlo con grave provocazione. Di qui nasce la teorica della *compensazione* del dolo e della colpa respettivamente (1).

(1) *Leg.* 10 *ff. de compensat.* — *leg.* 36 *ff. de dolo malo* — *leg.* 154, §. 1 *ff. de reg. jur* — *leg.* 39 *ff. soluto matr.*

Digitized by Google

§. 556.

In mancanza di cotesta istituzione della riparazione *sussidiaria*, deve almeno valere il principio che sulle sostanze del reo trovi il leso soddisfazione privilegiata, e preambula ai diritti che ha il fisco per le ammende e le spese.

§. 557.

L'azione civile passa agli eredi, e contro gli eredi. L'obbligo alla riparazione civile ammette *fidejussori*.

§. 558.

Avendo tale obbligo una causa tutta distinta dalla riparazione penale, deve nascere dalla legge, senza bisogno che al giudice criminale ne sia fatta dimanda dal leso; nè che il medesimo lo dichiari. Il delitto è un fatto civilmente obbligatorio per ministero di legge.

§. 559.

Fu detto che all'*azione penale* non corrispondeva *obbligazione* nel reo; perchè la natura avendo insinuato nell' uomo invincibile repugnanza a soffrire il male, non era conciliabile si concepisse una *obbligazione* a patire un male. Quindi si volle persino assimilare ai diritti *imperfetti* il diritto che ha la società a punire i rei. E molti sistemi si immaginarono per sciogliere questo problema.

Digitized by Google

§. 560.

Non parmi che si possa trovare simiglianza nessuna tra un diritto *imperfetto,* ed un diritto *esigibile.* Ed il diritto a punire è nella società indubitatamente *esigibile.*

§. 561.

Che se all' uomo repugna soggettarsi ad un male; ciò porta alla conseguenza di negare nel colpevole la obbligazione di *agire* per essere punito del suo malefizio. Ma non porta a negare la obbligazione di *patire.* Non è una obbligazione *positiva,* che costringa a fare; ma una obbligazione del genere di quelle che i pubblicisti chiamano *negative.* Tali sono tutte le obbligazioni che vincolano tutti gli uomini verso l' uomo rispetto ai suoi diritti *originarii.* Nessuno in virtù del semplice rapporto di umanità è obbligato a fare in guisa che altri goda ed eserciti questi diritti: ma tutti sono obbligati a non opporsi agli altri, e non impedirli di esercitare e godere tali diritti (1). E il diritto di punire è appunto a considerarsi come un diritto *originario* nella società civile. Esso è così *connato* e inseparabile da lei, che senza di questo non saprebbe concepirsi una società civile; stando la sua ragione di essere ed il suo fine primario nella *tutela del diritto* (§. 607) e così nella punizione del colpevole; unico mezzo di esercitare completamente quella tutela.

(1) Haus *doctrina juris naturalis,* §. 68, *Gandavi* 1824.

Digitized by Google

§. 562.

La prima proposizione conduce alla conseguenza che non possa ascriversi a nuovo delitto quanto il reo ponga in essere per esimersi dalla pena in un modo puramente *negativo* (e come tale può considerarsi anche l'occultamento proprio, e la fuga (§. 2821) senza violenza): purchè in questo suo sottrarsi, per naturale impulso, al male che lo minaccia non si configuri nessuna *azione diretta* contro la società. Quindi a me pare troppo rigida la sanzione di alcuni codici moderni, che hanno qualificato come circostanza aggravante la *negativa* dell'inquisito.

§. 563.

La seconda proposizione porta alla conseguenza che possa e debba ascriversi a nuovo delitto al colpevole (ed a delitto appunto contro la giustizia pubblica) quanto ecceda la mera resistenza *passiva*. Così il reo viola il diritto che ha la società di punirlo se corrompe il giudice, se lotta con gli apparitori, se con falsi documenti o falsi testimoni inganna o tenta ingannare i magistrati.

§. 564.

All'azione penale che ha la società corrisponde dunque non una obbligazione *positiva*, ma una obbligazione *negativa*, che rappresenta un vero e proprio *dovere*, non solo *morale*, ma anche *civile*.

Digitized by Google

§. 565.

Le due azioni che nascono dal delitto sono nel loro esercizio *indipendenti* (1) la una dall' altra a vicenda. Infatti, sebbene abbiano a comune la *causa* occasionale, cioè il fatto reo, hanno però distinta la causa *giuridica*, perchè nascono dalla lesione di *diritti diversi*, ed hanno distinto il *fine*.

(1) La indipendenza delle due azioni è tale da ammettere eziandio che un reo *assoluto* in faccia all' accusa criminale possa nei congrui casi essere condannato alle riparazioni civili: Morin *Journal du droit criminel, n.* 7821.

§. 566.

Prima conseguenza di questa proposizione si è, che possono instaurarsi contemporaneamente ambedue le azioni. Quella del leso avanti i tribunali civili per i suoi indennizzi: quella della società innanzi ai tribunali penali pel fine della repressione.

§. 567.

Ove però questo duplice movimento accade, ella è regola razionale che si dia seguito all' azione penale *precedentemente* all' azione civile (1).

(1) Rolando a Valle *cons.* 13, *et cons.* 30, *lib.* 2. Nella vecchia pratica invalse la regola che al giudizio criminale dovesse andare innanzi il giudizio civile quando questo procedeva dalla azione *ex lege diffamari ff. de ingenuis et*

Digitized by Google

manumissis; et leg. si contendat Cod. de fidejussoribus: Colero *decis.* 263. Questa poteva dirsi una pregiudicialità di *forma*, assai però problematica quando non era assistita dalla pregiudicialità di *sostanza*.

§. 568.

Siffatta regola si limita quando l' azione *penale* involva una questione *pregiudiciale* di esclusiva competenza dei tribunali civili. In tali casi l' azione criminale si sospende finchè i tribunali civili non abbiano risoluta la questione civile. Ma la dottrina della pregiudicialità del civile, benchè razionale e accettata da tutte le genti, oggi nella giurisprudenza di Italia è spesso combattuta e naufraga nel foro per la natura assorbente dello ufficio del Pubblico Ministero, e per la improntitudine di certi Legislatori di volere regolare con precetti legislativi ciò che avrebbe regole assolute nei principii di ragione. Vedasi nei miei *Lineamenti di pratica legislativa* il *cap. 13* (1).

(1) La parola *pregiudizio* in materia delle azioni ha un duplice senso. L' uno è quello che qui contemplo: l' altro è quello che cade in certi delitti di azione privata per decidere se l' offeso con agire al civile siasi precluso l' esercizio successivo dell' azione penale, giusta il broccardo *electa una via non datur altera.* Vedasi Godin *suite à* Morin *art.* 9653. Questa questione ha uno speciale interesse in tema di adulterio, come avverto al §. 1930 nota 2, n. 3; ed appunto in questo tema ha dato occasione a divergenze nei nostri tribunali per la ipotesi che il marito abbia congiuntamente sperimentato il giudizio di *separazione* in faccia ai tribunali civili, e la querela criminale in faccia ai giudici penali. Le

Digitized by Google

Corti toscane sembra avessero adottato la massima che il giudizio di separazione pregiudicasse alla querela criminale, come apparirebbe dalla sentenza della Corte di Cassazione di Firenze del 22 febbraio 1856. *Annali di Giurisprudenza Toscana anno* 1856, 1, 130. Ma è da avvertirsi che in allora la Toscana subiva tuttora la giurisdizione ecclesiastica pei giudizi di separazione coniugale, e il tribunale ecclesiastico infliggeva ancora le pene canoniche alla adultera. Laonde poichè in quel caso il marito aveva chiesto al tribunale ecclesiastico anche la irrogazione delle pene canoniche e la condanna ai danni, stava benissimo che la Corte Suprema di Firenze lo respingesse dal chiedere la più grave *pena civile* mentre aveva chiesto i danni e la pena canonica ad altro tribunale. Non è dunque vero che questa giurisprudenza sia in conflitto con le massime prevalse appo la Cassazione di Torino nel suo giudicato del 23 aprile 1874 che ho citato altrove (*Annali di Giurisprudenza Italiana VIII,* 1, 2, 141) poichè la Corte di Torino stabilì la non pregiudicialità nei termini di una *domanda semplice per separazione di corpo.* La quale nulla spingendosi ad istanze coercitive nè a petizione di danni, evidentemente non induceva l' animo di rinunziare alla via criminale. La separazione per sè stessa non è che un provvedimento alla pace del marito, la quale ha il suo interesse speciale anche nella pendenza del processo criminale, ed anzi può considerarsi come una preparazione del medesimo. È una misura cautelativa per impedire gli effetti nocevoli di ulteriori adulterii, che si concilia benissimo con la perseverante volontà di insistere nella condanna criminale.

§. 569.

Seconda conseguenza di quella proposizione si è: che come la sentenza assolutoria proferita dal giudice civile sull' azione promossa dal leso contro il delinquente non può pregiudicare all' azione penale

Digitized by Google

che spetta alla società, così la sentenza assolutoria proferita sull'azione penale tra il pubblico accusatore e il delinquente, non pregiudica all'azione civile spettante al leso quando questi non fu *parte* nel giudizio criminale, ed ancorchè avesse portato querela o denunzia. Sebbene infatti nei due giudizi siavi *identità* di *causa*, non vi è *identità* di *oggetto* nè di *persona* (1).

(1) Roberti *diritto penale vol.* 1, *pag.* 310, *Napoli* 1833. Sullo influsso respettivo del giudizio criminale e civile sono a vedersi Bidart *sur l' autorité de la chose jugée au criminel, Paris* 1865, e la dissertazione di Beudant inserita nella *Revue Critique vol.* 25, *pag.* 492.

§. 570.

Nè può dirsi che la rejudicata converta in verità anche le cose false: perchè una sentenza assolutoria in criminale non proclama come verità la innocenza dell'accusato, ma la insufficienza delle prove raccolte al fine di sottoporlo a punizione.

§. 571.

Nè può dirsi che la sentenza criminale assolutoria *faccia stato* sull'*azione:* perchè l'azione su cui fa stato è l'azione penale, e non la civile che là non si era proposta.

§. 572.

Nè può dirsi che la sentenza leghi le *parti;* e pretendere che il pubblico ministero, rappresentando

Digitized by Google

la società, abbia così nel giudizio penale rappresentato insieme con tutti i cittadini anche il leso stesso, perchè questa sottile finzione immaginata da Merlin non ha solidità, ove si rifletta che il pubblico ufficiale rappresenta i cittadini in quanto alla *pena*, non in quanto ai loro privati interessi *patrimoniali*.

§. 573.

Terza conseguenza dell' anzidetta regola di indipendenza si è: che come la *riparazione* al leso, o la *remissione* del leso, sebbene estinguano l'azione civile, niente pregiudicano all'azione penale nei delitti di pubblica azione; così la *espiazione* della pena, o la sua *remissione* fatta per indulto sovrano, niente pregiudica all' azione civile.

§. 574.

Quarta conseguenza di tale indipendenza si è: che la *prescrizione* dell' azione penale non pregiudica all' azione civile che voglia sperimentarsi avanti i tribunali civili (1), e viceversa.

(1) Il contrario fu sostenuto da Merlin; e disputano su ciò Bergero *electa juris criminalis, obs.* 71 — Jousse *de la justice criminelle en France tom.* 1, *part.* 3, *livr.* 1, *art.* 2, *pag.* 600, *Paris* 1771 — Boitard *leçons sur le code pénal pag.* 614, *Paris* 1842 — Mangin *action publique* 355, 367 — Vazeille *de la prescription* 595 — Hoorebeke *de la prescription en matière pénale pag.* 211. *Bruxelles* 1847 — Cousturier *de la prescription n.* 57 — Rauter *droit criminel n.* 853, *Bruxelles* 183 —

Digitized by Google

Labroguère, *dans la Revue Critique vol.* 19, *pag.* 163, 171 — Trébutien *cours élémentaire de droit criminel tom.* 2, *pag.* 161, *Paris* 1854 — Marcadé *art.* 2280, *n.* 5 — Helie *de l' action publique liv.* 2, *chap.* 11, *pag.* 662, *Bruxelles* 1853. Questa massima prevalse anche nella giurisprudenza Toscana dopo il pronunziato della Corte di Appello di Lucca del dì 25 aprile 1856, confermato dalla Corte di Cassazione di Firenze il 18 settembre 1857. La perseveranza dell' azione civile malgrado la prescrizione dell' azione penale si sostiene da Nicolini *la Giurisprudenza penale parte* 1, *n.* 871, *e* 883, *Livorno* 1843.

§. 575.

La *prescrizione* procede in ordine all' azione civile ed all' azione penale per principii sostanzialmente diversi; poichè la prescrizione penale emana da principii di ordine pubblico primario; quella dell' azione civile da principii di ordine pubblico secondario. Le due azioni sono due enti giuridici affatto distinti. Non può dunque accettarsi una parità di ragione fra effetto ed effetto, nè ammettersi che la vita di un' azione sia assolutamente incompatibile con la morte dell' altra.

§. 576.

La prescrizione in materia civile è una *eccezione:* in materia penale è un *modo politico* di estinguere l' azione. Alla prescrizione civile può *rinunziare* la parte; alla penale no, e deve supplirsi dal giudice. La prescrizione civile muove da una presunzione di incuria, e dalla idea di punire i negli-

Digitized by Google

genti, ed anco i maliziosi che appositamente tardino a proporre l' azione onde siano difficultate le prove che potrebbero eliderla. Nella penale niente affatto ha che fare la presunzione di incuria; onde è un vero equivoco fare illazione alle prescrizioni penali della regola *contra non valentem agere*. In penale il tempo estingue l' azione, perchè oltre alla difficultata giustificazione dell' innocente, il tempo ha fatto *cessare il danno sociale* mercè la presunta oblivione della delinquenza; la quale conduce alla cessazione della impressione morale nata dalla medesima, sia sui buoni in cui è cessato il timore, sia sui malvagi nei quali non ha più forza il malo esempio. Cessato il danno politico si rende inutile la riparazione penale: ma il danno privato può persistere, e deve subire le regole speciali dei diritti meramente privati (1).

(1) Aggiungasi che l' azione penale nasce dal delitto in quanto è *delitto;* e l' azione civile in quanto è *fatto* nocevole. Se il tempo o l' annistia o una sentenza hanno cancellato la natura di *delitto* rimane però sempre la natura di *fatto* nocevole.

§. 577.

Gli effetti *giuridici* del delitto hanno, come ogni umana cosa, il loro respettivo modo di *cessazione*. Si estingue l' azione civile con tutti quei modi pei quali le civili obbligazioni si estinguono: modi *naturali*, modi *giuridici;* dei quali il civilista. Si estingue l' azione penale anch' essa per modi *naturali*, e modi *politici*. Nel rapporto dei modi *naturali* grande differenza intercede fra le due azioni in proposito

Digitized by Google

della *morte* dell' offensore, la quale non estingue l' azione *civile*, ma estingue l' azione *penale*, non potendo la pena (§. 647) essere *aberrante* come lo sarebbe se passasse contro gli eredi.

§. 578.

Modi *politici* sono quelli pei quali la legge estingue l' azione penale, benchè questa non abbia raggiunto il suo fine, e le fosse possibile tuttora raggiungerlo. Tali sono la sentenza *assolutoria;* l' *indulto* sovrano; la *remissione*, nei delitti di azione privata; e la *prescrizione*. La sentenza *assolutoria* non estingue l' *azione* criminale, se non per rispetto al principio politico dell' autorità della cosa giudicata (1). L' *indulto* (ben differente dalla grazia, §. 710, 711) ha per sua sola ragione l' utile generale della città, che in certi casi si trova più nella impunità che nella punizione del colpevole.

(1) Finchè si enunciano certe regole generali (come è quella del *non bis in idem*) sembra la cosa piana: quando poi si viene alle applicazioni nascono le divergenze. Che un cittadino assoluto una volta per un delitto non possa più per il medesimo molestarsi, nessuno lo impugna di fronte: ma il principio si vuole (mentre si accetta) conculcare o distruggere distinguendo il *fatto* dal *titolo;* e in faccia a tentativi di tale natura non sempre la giurisprudenza tenne fermo. Si pretese che una fanciulla assoluta dall' accusa d' *infanticidio* potesse ricondursi a giudizio sotto l' accusa di *omicidio colposo*, in ragione dello identico fatto; ma la Cassazione di Francia (24 settembre 1863) respinse lo assunto. Dopo l' accusa di *tentato assassinio* si volle tradurre lo assoluto sotto la nuo-

Digitized by Google

va accusa di *ferimento;* e la Cassazione Francese (29 agosto 1863) respinse. Ma un imputato di *attentato al pudore* che era stato assoluto, essendo poi stato tradotto per lo stesso fatto sotto il titolo di *eccitamento al mal costume,* la Corte di Parigi (30 settembre 1863) disse non ostare la rejudicata: laonde tale pronunzia si criticò da Morin nel suo *Journal du droit criminel n.* 6045. Si distinse inoltre tra il fatto rimasto *identico* e il fatto a cui si fosse posteriormente aggiunta una qualche altra *circostanza,* e per cotesto amminicolo si volle eludere la rejudicata: Cassazione 5 febbrajo 1863 (Morin *n.* 7705, *pag.* 318): lo che se si accettasse come regola sarebbe in ultima analisi lo stesso che concedere il più quando si nega il meno. Diversa è la questione relativa a decidere se la rejudicata criminale che per assolvere decise un punto sia di fatto sia di diritto, faccia rejudicata su cotesti punti in ordine ad altri *fatti consimili* commessi posteriormente (Morin *n.* 7861); sul che potrà bene invocarsi la sentenza assolutoria come autorità *dottrinale,* e come causa di *buona fede* del giudicabile nel fatto posteriore, ma non come *rejudicata* che dia perpetua licenza al giudicabile di ripetere in futuro gli stessi fatti: Morin *n.* 7547. Quando però non trattasi di fatti posteriori, ma di quel fatto preciso su cui cadde l' assoluzione io non ammetterei mai che potesse tornarsi a proporre l' accusa nè sotto il pretesto di circostanze novellamente scoperte, nè sotto il pretesto di una errata qualificazione giuridica nella prima accusa (vedasi Morin *n.* 7856) quando anche la nuova circostanza o il nuovo titolo che vogliono obiettarsi inducano una mutazione di competenza. Con tali sottigliezze si può molestare forse dieci volte un cittadino per una sola azione benchè e due e tre tribunali abbiano dichiarato o che egli non era l' autore di quel fatto o che il fatto stesso era innocente.

Digitized by Google

§. 579.

La *prescrizione* dell' *azione criminale* (il termine della quale varia secondo la diversa gravità dei delitti) è ammessa da tutti gli scrittori, e da tutte le legislazioni (1). Anche coloro che si rifiutano alla considerazione del cessato danno politico (come Bentham) l' ammettono per la grave difficoltà in cui verserebbe l' innocente, al quale la serotinità dell' accusa renderebbe malagevole e talvolta impossibile la propria giustificazione. La prescrizione dell' azione penale incomincia a decorrere secondo alcuni dal giorno del *delitto* (2); secondo altri dal giorno dell' *ultimo atto* di persecuzione eseguito dal pubblico ufficiale contro il colpevole (3). Essa nel secondo sistema può *interrompersi* con atti di procedura; ma non ammette causa di *sospensione* (4) per la naturale ragione che il più esclude il meno. Ma il sistema della interruzione repugna alla giustizia, e non è accettabile.

(1) Vedasi Bertauld *Leçon* 25. Ottimamente ha detto Ortolan *(Revue critique vol.* 24, *pag.* 204) che la prescrizione dell' azione penale non è sotto il potere del legislatore: *essa è l' opera inesorabile del tempo che cancellando la ricordanza del delitto fa cessare il diritto di punirlo.* Ma la ragione desunta dal pericolo della innocenza è quella che più abbraccia l' animo, e che trovasi propugnata dai più dotti pubblicisti: Thomasio *dissert. jurid. vol.* 1, *dissert.* 8, *de praescriptione bigamiae,* §. 4, *Lipsiae* 1695. Vedasi Ziletto *cons.* 47, e Parisio *lib.* 4, *cons.* 169.

(2) Recentemente il Professore Ortolan *(Revue critique tom.* 24, *pag.* 206) ha trattato profondamente la que-

Digitized by Google

stione se il giorno del delitto debba calcolarsi nel termine della prescrizione: per esempio la prescrizione è di un anno: il delitto fu commesso il 10 maggio; la prescrizione si compie essa al 10 maggio dell' anno successivo, o si è compita allo spirare del giorno 9? Mangin *(action publique n.* 319) si era pronunziato per la inclusione del giorno del delitto nel termine. La Corte di Cassazione (10 gennajo 1845) in tema di trasgressione di caccia aveva deciso invece per la esclusione. Ortolan sostiene come più vera questa opinione pei seguenti argomenti — 1.° Perchè il giorno del delitto essendo quello che fa nascere l' azione, e il termine della prescrizione essendo quello che la estingue, se quel giorno si sommasse in questo termine, si addizionerebbero i contrarii. — 2.° Perchè quando una distanza si misura da un determinato oggetto, la estensione dell' oggetto stesso non si include ma si esclude dalla misura: per esempio se dicesi a venti braccia dalla casa, le venti braccia si misurano dal muro esteriore della casa, e non vi s' include il corpo della medesima. Questi due argomenti mi paiono saldissimi. Egli aggiunge. — 3.° Che se la legge contasse per ore o per minuti, certamente l' ora e il minuto del delitto non si vorrebbe contare nel termine prescrittivo. Ma questo terzo argomento fa dubitare dei precedenti. In faccia alla legge che conta per ore e minuti non vi è mai caso che il termine si prolunghi oltre il prefisso a danno dell'accusato: quando per altro la legge conta per giorni è inevitabile che il termine o si allunghi, e si abbrevii. Pongasi il delitto commesso al mezzogiorno del 10 maggio. Messo in calcolo il giorno del delitto in faccia alla prescrizione (che per esempio richiede un mese) il reo prescrive in giorni 29, e 12 ore. Escluso dal calcolo non prescrive più in 30 giorni, ma gliene occorrono 30 e 12 ore. Non corre dunque la parità di ragione su cui procede questo 3.° argomento dell' illustre Professore. Malgrado questa osservazione io credo però che la opinione di Ortolan sia rigorosamente parlando più esatta; perchè in faccia alla legge che chiede trenta giorni a prescrivere, si contradice al suo volere fa-

Digitized by Google

cendo prescrivere in 29 giorni e 12 ore. Laddove col far prescrivere in 30 giorni e 12 ore non si contradice alla legge che ha richiesto 30 giorni, per la semplicissima ragione che 29 giorni e 12 ore non sono 30 giorni.

(3) Non tengo conto di una terza opinione, perchè ormai screditata. Fuvvi chi pensò che la prescrizione dell' azione penale dovesse cominciare a decorrere dal giorno della *scoperta* del delitto. Ciò renderebbe eventualmente *perpetua* l' azione penale. Codesta idea nacque da una falsa illazione della regola civile *contra non valentem agere*. Ma quella regola è priva affatto di ogni senso giuridico nelle materie penali. In faccia ai principii fondamentali non vi è dubbio che la massima *contra non valentem agere* o *contra ignorantem non currit praescriptio*, manca di ogni termine di ragione in materia di delitti nei quali la prescrizione non ha la sua causa giuridica nella idea di punire i negligenti, ma in un principio di ordine supremo e nella doverosità di proteggere la innocenza, la quale per il ritardo vedrebbe impossibilitata la propria giustificazione, qualunque sia la cagione per cui chi doveva agire non agì tempestivamente. Pure modernamente a cotesta verità si è voluta fare una sottile limitazione: si è voluto distinguere fra impedimento ad agire che proviene *da caso esteriore*, e impedimento ad agire che proviene da una *disposizione della legge*. Vale la regola che il fortuito anche indipendentemente da ogni incuria colpisce sempre la persona sulla quale cade. Ma quando è la legge che per un tempo negò l' azione, la legge (si è detto) contradirebbe a sè stessa se in quel tempo prescrivesse l' azione all' esercizio della quale si è opposta: e perciò l' ostacolo della legge che vieta di agire deve vietare eziandio di prescrivere. Di questa acuta distinzione (proposta in prima pel caso di demenza sopraggiunta all' accusato) si fece uso recentemente per negare il corso della prescrizione in un' accusa contro un deputato al Parlamento Italiano rimasta sospesa per aspettare dal Parlamento il permesso di agire. Questa limitazione io l' accetto come causa di *sospensione*;

Digitized by Google

e la sospensione basta al bisogno. Ma farne una causa d'*interruzione* andrebbe oltre al bisogno, e sarebbe una esorbitanza ingiusta.

(4) Labroguère *Questions sur la prescription, Question* 6.

§. 580.

Il sistema che interrompe la prescrizione dell' azione penale per atti di procedura non trova principio giuridico sul quale possa appoggiarsi; introduce nella giustizia pratica la più abominevole signoria dell' arbitrio; e conduce ad assurdissime conseguenze, come dirò al §. 718. La prescrizione dell' azione penale deve correre non interrottamente per virtù della sola opera del tempo; e soltanto può ammettersi che incontri intervalli di *sospensione* quando la non esperibilità dell' azione penale derivi dal *fatto stesso* del giudicabile; come se, a modo di esempio, l' accusato opponga la pendenza di una lite civile pregiudiciale ostativa a definire il giudizio penale. In tale ipotesi sta bene che si sottragga dal tempo che occorre a prescrivere lo intervallo nel quale la giustizia fu condannata alla inazione per la eccezione del giudicabile, forse maliziosamente architettata a quel fine. Ma questa non è *interruzione,* è mera *sospensione;* perchè non porta a richiedere il cominciamento di un nuovo periodo, ma a tener fermo il periodo già decorso per sommarlo poscia col nuovo periodo che sia per decorrere dopo cessata la causa sospensiva.

Digitized by Google

§. 581.

Modi *naturali* sono quelli pei quali o all' azione è divenuto impossibile raggiungere il suo fine, e tale è la *morte* del reo (1); o lo ha raggiunto, e tale è la sentenza *condennatoria definitiva* la quale fa nascere una *nuova azione,* l' *actio judicati* contro il delinquente. Dopo la condanna definitiva non resta che la *esecuzione* della medesima.

(1) Nella morte del reo bisogna riconoscere una causa di estinguere l' *azione penale* qualunque sia la di lei influenza sull' *azione civile:* intorno alla quale è a vedersi lo scritto di Ubexi nella *Revue critique tom.* 25, *pag.* 517. La estingue ancorchè avvenga dopo la sentenza dalla quale penda ricorso in Cassazione: Cassazione di Francia 27 gennajo 1860, 18 dicembre 1862, e 15 gennajo e 5 febbrajo 1863. In ordine alla estinzione della *pena* taluno pretese distinguere tra pena *corporale* e pena *pecuniaria;* distinzione tutta fiscale ed ingiusta, che confonde le pene *pecuniarie* con le *indennità.*

F I N E

DEL PRIMO VOLUME E DELLA PRIMA SEZIONE

Digitized by Google

INDICE

DELLE RUBRICHE

(PARTE GENERALE VOL. I.)

Ai miei Scolari . . . . . Pag. 1
PREFAZIONE . . . . . » 3
Prolegomeni . . . . . » 13

SEZIONE PRIMA

DEL DELITTO

CAP. 1.° *Della* imputabilità *e della* imputazione . . . . . §. 1 *a* 20
CAP. 2.° *Nozione del* delitto . . . §. 21 *a* 52
CAP. 3.° *Delle* forze *del delitto* . . §. 53 *a* 58
Art. 1.° *Della forza* morale . . §. 59 *a* 91
Art. 2.° *Della forza* fisica . . . §. 92 *a* 127
CAP. 4.° *Nozioni generali della* qualità, quantità, *e* grado *nei delitti* §. 128 *a* 145
CAP. 5.° *Criterio della* qualità *nei delitti* . . . . . §. 146 *a* 170
CAP. 6.° *Criterio della* quantità *nei delitti* . . . . . §. 171 *a* 206
CAP. 7.° *Criterio del* grado *nel delitto* §. 207 *a* 210

Digitized by Google

CAP. 8.° *Del* grado *del delitto nella sua* forza morale . . . . . §. 211
Art. 1.° *Del* grado *rapporto all'* intelletto *dell' agente* . . §. 212 *a* 213
I. *Cause fisiologiche* . . . . §. 214
1. *Età* . . . . . §. 215 *a* 232
2. *Sesso* . . . . . §. 233 *a* 237
3. *Sonno* . . . . . §. 238 *a* 240
4. *Sordomutismo* . . . . §. 241 *a* 247
5. *Pazzìa* . . . . . §. 248 *a* 250
II. *Cause ideologiche* . . . . §. 251 *a* 271
Art. 2.° *Del* grado *rapporto alla* volontà *dell' agente* . . . §. 272 *a* 283
1. *Coazione* . . . . . §. 284 *a* 316
2. *Impeto degli affetti* . . §. 317 *a* 331
3. *Ebrietà* . . . . . §. 332 *a* 344
CAP. 9.° *Del grado nella* forza fisica *del delitto* . . . . . §. 345 *a* 348
Art. 1.° *Del delitto* imperfetto . . §. 349 *a* 355
I. *Conato* . . . . . §. 356 *a* 398
II. *Delitto mancato* . . . . §. 399 *a* 425
Art. 2.° *Della* complicità . . . . §. 426 *a* 431
1. *Concorso di* azione *senza concorso di* volontà . . . §. 432 *a* 438
2. *Concorso di* volontà *senza concorso di* azione . . . . §. 439 *a* 464
3. *Concorso di* volontà e *concorso di* azione . . . . . §. 465 *a* 484
4. Anomalie *dell' imputazione nella complicità* . . . . §. 485 *a* 509
CAP. 10.° *Del delitto* continuato . . §. 510 *a* 538
CAP. 11.° *Degli effetti* giuridici *del delitto* . . . . . §. 539 *ad fin.*

Digitized by Google

foro, e come si provochi la deliberazione, e discorre di ognuna delle indagini che deve fare la nostra magistratura, innanzi di dare la formola esecutiva ad un atto straniero. Poscia, discendendo ancora a maggiore specialità, esamina le eleganti applicazioni di cui offrono occasione i giudizi di fallimento, di sequestro, di eredità, di danni interessi: ed altrettanti capi successivi sono dedicati alla deleguazione d'istruttoria fra i Tribunali esteri, all'esecuzione di Decreti di volontaria giurisdizione, di atti contrattuali, e di sentenze arbitrali che abbiano avuto vita in estero paese. Seguono i Decreti e le sentenze di delibazione e le regole che presiedono alla loro esecuzione.

Questo indice manifesta l'ordine, l'importanza della materia e la varietà degli aspetti sotto cui è presentata; ricco in ogni parte il libro di fattispecie formulate con brevità e precisione, condotte alla regola somma dal principio, e sciolte col tatto proprio di chi da lunga pezza è versato nei forensi negozi Con eguale pregio riportate, ed esaminate le più importanti decisioni dei Tribunali nostri e stranieri. Utili al certo le estratte disquisizioni giuridiche; utile amplificare le parole della legge, o notare le diverse decisioni dei Tribunali: ma la speculazione pura e l'empirismo cieco sono egualmente nemici della buona e retta amministrazione della giustizia, alla quale se non tendessero come a proprio scopo gli studi, che varrebbero essi mai? Il principio e la fattispecie; ecco i due termini che è d'uopo di affratellare, sicchè l'uno e l'altro si convengano; e questo accostamento è per avventura la più difficile parte del ragionamento giuridico.

Quando un libro pertanto guida la mente in questo aspro cammino, e dal sommo principio discende passo passo fino alla più minuta applicazione, vuolsene tener gran conto all'Autore, come quello che mostra di aver compreso uno dei più grandi bisogni della giurisprudenza. E per questo e perchè svolge una materia sparsa a brani sui libri, e non mai redatta per l'addietro a trattazione sistematica, almeno allo stato presente della dottrina, eppure di frequente applicazione, stimo il libro del De Rossi utilissimo ai forensi, e tale che la magistratura e le curie italiane glie ne debbano riconoscenza.

PROF. G. TRIANI

(*Dalla* Rivista Giuridica *di Bologna, anno* 1876, *n.* 9).

PUBBLICAZIONI
DI EUGENIO E FILIPPO CAMMELLI

CASANOVA (Prof. Ludovico). DEL DIRITTO INTERNAZIONALE (Lezioni). *Terza edizione* fatta sulla seconda, con Introduzione e note copiosissime dell'Avv. Emilio Brusa, incaricato degl'insegnamenti del Diritto internazionale e della enciclopedia ed elementi filosofici del Diritto nella R. Università di Modena, socio corrispondente dell'Accademia di legislazione di Tolosa. Firenze, 1876. 2 vol. in gr. 8.° Vol. I pagg. CCCLXXVIII-200. Vol. II pagg. 468. It. L. 14. — — DEL DIRITTO COSTITUZIONALE (Lezioni). *Terza edizione* fatta sulla seconda, con Introduzione e note copiosissime dell'Avv. Emilio Brusa, incaricato degl'insegnamenti del Diritto internazionale

Digitized by Google

e della filosofia del Diritto nella R. Università di Modena, socio corrispondente dell' Accademia di legislazione di Tolosa. Firenze, 1875. 2 vol. in gr. 8.° . . . . . It. L. 12. —

CODICE PENALE TOSCANO, con le variazioni ordinate dalla Legge dell' 8 aprile 1866, ed i Regolamenti degli Stabilimenti penali e di polizia punitiva. *Terza edizione* con l' aggiunta dei Decreti per l' abolizione della pena di morte e per la graduazione e mitigazione delle pene, e di una lettera del Prof. Comm. Francesco Gaetano Carrara. Firenze, 1875. in 32.° . . . . . » 2. 50

FORTI (Francesco). Opere edite ed inedite. Firenze, 1863-65. 5 volumi in 8.° . . . . . » 32. —

Ogni opera si vende separatamente.

— Instituzioni di Diritto civile: 2 vol. . . . . » 19. 50

— Trattati di Giurisprudenza: 1 vol. . . . . » 14. 50

— Scritti varii: 1 vol. . . . . » 12. 50

— Conclusioni criminali: 1 vol. . . . . » 5. 50

GIORGI (Avv. Giorgio, Giudice del Tribunale di Lucca). TEORIA DELLE OBBLIGAZIONI NEL DIRITTO MODERNO ITALIANO, esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza. Firenze, 1876. 2 vol. in 8.° . . . . . » 14. —

Il Vol. I. contiene: *Definizione e requisiti delle obbligazioni:* Obbligazioni naturali; solidali; indivisibili . . . . » 5. —

Il Vol. II. contiene: *Effetti delle obbligazioni:* Risarcimento del danno per inadempimento; Rischio e pericolo; Arresto personale; Provvedimenti conservativi; Azione surrogatoria; Azione rivocatoria; Gius di ritenzione; Effetti delle obbligazioni connesse. . . . . » 9. —

PACIFICI-MAZZONI (Cav. Prof. Avv. Emidio). COMMENTO AL CODICE CIVILE ITALIANO, Firenze. Sono pubblicati 11 volumi in 8.° Prezzo . . . . . » 99. —

Ogni volume si vende separatamente al prezzo di . . . . » 9. —

— Istituzioni di Diritto civile italiano. *Seconda edizione* riveduta e corredata della Giurisprudenza posteriore all' attuazione del nuovo Codice Civile. Firenze, 6 volumi in 8.° Prezzo. . . . » 48. —

Ogni volume si vende separatamente al prezzo di . . . . » 8. —

RICCI (Avv. Francesco) COMMENTO AL CODICE DI PROCEDURA CIVILE ITALIANO Firenze, 1876. 3 vol. in 8.° . . . . . » 27. —

Il Vol I tratta della competenza e del modo d' introdurre e d' istruire i giudizii, della competenza arbitrale, di quella dei magistrati, delle cause di ricusazione ed astensione dei giudici, della citazione, della contestazione della lite, delle diverse specie di procedimento, degl' incidenti, del Ministero Pubblico, dell' interruzione del procedimento, della perenzione e della rinunzia alla lite.

Il Vol. II tratta delle prove, delle sentenze, e dei mezzi per impugnarle.

Il Vol. III (ultimo dell' Opera) tratta dell' esecuzione forzata e dei diversi procedimenti speciali; ed è corredato dell' *Indice generale alfabetico* delle materie contenute nell' Opera, e di un *Indice degli articoli dei diversi Codici* commentati nel corso della medesima.

Quest' opera si vende solamente completa.

WEISKE (Carlo Augusto, Consigliere intimo di Sassonia, Viceconsultore di Finanza, Avvocato di Dresda), MANUALE DI PROCEDURA PENALE con speciali osservazioni sul diritto Sassone, recato in italiano dagli Avvocati *Zei* e *Benelli*, *con Introduzione* del Prof *Francesco Carrara*, aggiuntovi il nuovo Codice di Procedura penale austriaco del 23 maggio 1873, *con note del medesimo*. Firenze, 1874 un volume in 8.° grande . . . . . » 9. —

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google